

Lockerung des Fremdbesitzverbotes für Kanzleien

Rechtsgutachten für den Legal Tech Verband Deutschland e.V.

Prof. Dr. Dr. h.c. Jörn Axel Kämmerer

Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Bucerius Law School,
Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg

September 2024

A. Gegenstand dieses Gutachtens

Mit diesem Gutachten soll untersucht werden, ob gesetzliche Regelungen im Berufsrecht der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in Deutschland, welche die reine Kapitalbeteiligung an Berufsausübungsgesellschaften untersagen (sog. „Fremdbesitzverbote“), mit dem Europäischen Unionsrecht vereinbar sind. Hintergrund der Untersuchung ist ein beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) anhängiges Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 Abs. 1 AEUV, mit welchem der Anwaltsgerichtshof (AGH) Bayern am 20.4.2023 dem Gerichtshof Fragen zur Auslegung der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV) sowie der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) sowie des Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie 1006/123/EG unterbreitete¹ – deren Beantwortung den Befund zur Europarechtskonformität oder Europarechtswidrigkeit des nationalen Rechts der Sache nach umschließen würde. In dieser Rechtssache (Halmer Rechtsanwaltsgesellschaft gegen Rechtsanwaltskammer München, im Folgenden kurz „Halmer“²) lag zum Zeitpunkt der Erstattung dieses Gutachtens noch kein Urteil des EuGH vor, lediglich Schlussanträge des Generalanwalts Campos Sánchez-Bordona vom 4. Juli 2024.

Der Ausgangsrechtsstreit betraf eine nach (damaligem) deutschem Recht gegründete Kapitalgesellschaft (Unternehmensgesellschaft – UG), die als Rechtsanwaltsgesellschaft zugelassen war. Nach alter Fassung der BRAO (§ 59e Abs. 2 S. 1 in der bis zum 31.07.2022 geltenden Textfassung) war dafür erforderlich, dass Rechtsanwälte die Mehrheit der Anteile und die Stimmenmehrheit in den Leitungsorganen der Gesellschaft innehatten. Im Jahr 2021 veräußerte die UG die Anteilsmehrheit (51%) an eine österreichische GmbH, die über keine Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft in Deutschland verfügte. Die Kammer widerrief daraufhin die Zulassung der UG zur Anwaltschaft, da Gesellschaftsanteile entgegen § 59e Abs. 2 S. 1 BRAO a.F. an eine Person übertragen worden waren, die nicht zum – damals enger als heute gezogenen – Kreis zulässiger Berufe gehörte. In der Satzung der UG war u.a. festgeschrieben, dass es für deren Änderung und die Übertragung von Gesellschaftsanteilen einer Mehrheit von 75% bedürfe. Geschäftsführungsbefugt waren nur Rechtsanwälte, wobei die Abberufung des Geschäftsführers nur einstimmig erfolgen durfte. Laut Satzung sollte die unabhängige und eigenverantwortliche Berufsausübung der Rechtsanwälte gewährleistet sein. Gegen den Widerrufsbescheid klagte die UG vor dem Anwaltsgerichtshof Bayern.

Der AGH, der Zweifel an der Unionsrechtskonformität der einschlägigen gesetzlichen Regelungen äußerte, unterbreitete mit Beschluss vom 20.4.2023³ dem EuGH eine Reihe von Fragen zur Vorabentscheidung nach Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV. Da Vorabentscheidungsverfahren, formal betrachtet, nicht darauf gerichtet sind, die Unionsrechtskonformität einer bestimmten nationalen Regelung feststellen zu lassen (Erkenntnisse hierzu ergeben sich nur indirekt aus den

¹ EuZW 2023, 524 ff.

² EuGH, Rs. C-295/23.

³ EuZW 2023, 524 ff.

Befunden des EuGH zur Auslegung des Unionsrechts),⁴ führt der AGH zwar mit den Vorlagefragen als solchen keine Normen explizit an, wohl aber in der Begründung des Beschlusses. Es handelt sich, wie auch aus der Formulierung der Vorlagefrage (insbes. 2.1.1) deutlich wird, um Vorschriften der BRAO in ihrer alten, bis 31.7.2022 geltenden Fassung.

Da sich das Vorabentscheidungsersuchen auf eine Rechtslage bezieht, die durch das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe vom 7.7.2021⁵ nicht unwesentliche Änderungen erfahren hat, richtet sich dieses Gutachten nicht darauf zu ermitteln, wie der EuGH auf die Vorlagefragen antworten wird bzw. müsste. Das Vorabentscheidungsverfahren bildet lediglich die Blaupause für eine Betrachtung der sog. Fremdbesitz-Verbotsregelungen, die über die genuin rechtliche Würdigung hinaus auch eine rechtspolitische einschließt und in Regelungsvorschläge dazu münden soll, ob und ggf. auf welche Weise und in welchem Umfang Kapitalbeteiligungen an Kanzleien zugelassen werden könnten bzw. sollten. Dies gilt umso mehr, als im Koalitionsvertrag der Ampelkoalition bestimmt ist, dass sich der Gesetzgeber des Themas Fremdbesitzverbot annehmen solle. Die Koalitionäre erklären darin, sie „stärken die Rechtsanwaltschaft, indem wir das Verbot von Erfolgshonoraren modifizieren und das Fremdbesitzverbot prüfen.“⁶ Eine Gesetzesinitiative ist bis jetzt jedoch nicht eingeleitet worden. Vor diesem Hintergrund soll das vorliegende Gutachten auch einen Beitrag zur Prüfung liefern, die sich die Parteien des Koalitionsvertrags vorgenommen haben. Es will insofern Erfahrungen einbeziehen, die in anderen Staaten mit der Öffnung von Rechtsanwaltskanzleien für Kapitalbeteiligungen gewonnen worden sind.

B. Fremdbeteiligung („Fremdbesitz“): Begriffsverständnis und Formen

Für die Zwecke dieses Gutachtens ist zunächst erforderlich, seinen Gegenstand zu konkretisieren. In Schrifttum und Medien ist verbreitet von „Fremdbesitzverbot“ die Rede. „Fremdbesitz“ ist allerdings kein Gesetzesbegriff und juristisch zudem unscharf, denn um Besitz im Sinne der tatsächlichen Herrschaft an einer Sache geht es nicht, sondern um Formen der Beteiligung – im engeren oder weiteren Sinn – an einer Gesellschaft, die von oder mit Vertretern eines Freien Berufs zur Ausübung ihrer Berufe gegründet worden ist.⁷ Es soll hier daher präziser von Fremdbeteiligung gesprochen werden. In diesem Gutachten stehen der anwaltliche Beruf im Vordergrund und die Regelungen der BRAO, welche die Mitwirkung „Fremder“ als Gesellschafter in anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften untersagen bzw. beschränken. Vor dem

⁴ Statt vieler Schwarze/Wunderlich, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 267 AEUV, Rn. 15.

⁵ BGBl. 2021 I, 2363.

⁶ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021-2025, S. 89 (abrufbar z.B. auf https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf).

⁷ Differenzierend zwischen Beteiligung einerseits und Gesellschafterstellung andererseits Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO, 6. Aufl. 2024, § 59c Rn. 73.

skizzierten Hintergrund ist zunächst zu bestimmen, welche Beteiligungsformen als „fremd“ und damit relevant für die vorstehende Untersuchung sind, und sodann, über welche von diesen in welchem Umfang ein gesetzliches Verbot verhängt ist.⁸

Als Fremdbeteiligung kann die gesellschaftsrechtliche Beteiligung von Akteuren verstanden werden, die einen anderen bzw. keinen Freien Beruf ausüben und aus Sicht dieser Berufsgruppe als fremd – verstanden im Sinne von „fremdartig“ – betrachtet werden. Entsprechende Regelungen finden sich in § 59c BRAO.

Als Fremdbeteiligung lässt sich des Weiteren die Beteiligung eines Gesellschafters verstehen, dessen Beteiligung an der Gesellschaft deren Zweck – gemeinsame Berufsausübung von Freiberuflern – fremd ist, weil er nur mit Kapital beteiligt ist und sich nicht beruflich einbringt. In diesem Umfang befindet sich die Gesellschaft nicht im Besitz ihrer aktiven Berufsträger, sondern im „Fremdbesitz“.⁹ Hierbei kann nochmals unterschieden werden zwischen Personen, die zwar nicht berufsfremd sind (weil sie Rechtsanwälte oder sozietätsfähige Freiberufler sind), aber nur mit einem Kapitalanteil an der Gesellschaft beteiligt sind, und Personen, bei denen die Kapitalbeteiligung auch damit einhergeht, dass sie eine „fremde“ berufliche Tätigkeit ausüben – oder nicht mit einer Berufsausübung verbunden ist. Die BRAO verbietet die bloße Kapitalbeteiligung generell, sodass es auf die Frage, ob ein bloß kapitalbeteiligter Gesellschafter einen sozietätsfähigen Beruf ausübt, nicht ankommt.

Fremdbeteiligungen haben ferner inne, wer stiller Gesellschafter einer Berufsausübungsgesellschaft ist oder Anteile für Rechnung Dritter hält. Beides ist durch die BRAO (§ 59i Abs. 3 S. 1 und 2) untersagt.

Eine Form finanzieller Beteiligung an den Erträgen der Berufsausübungsgesellschaft, die durch das geltende Recht dagegen *nicht* untersagt wird, ist diejenige als Darlehensgeber. Dies gilt für Individualdarlehen von Gesellschaftern und Nichtgesellschaftern gleichermaßen. Der Berufsausübungsgesellschaft ist zwar nach den o.a. Bestimmungen verboten, Gesellschaftsanteile („Shares“) an Externe zu vergeben, nicht untersagt ist hingegen die Ausgabe von Anleihen („Bonds“), die dann von Investoren auf dem Finanzmarkt erworben werden können. Von „Fremdbesitz“ lässt sich in solchen Fällen definitiv nicht mehr sprechen.

⁸ So etwa Gerhold/Lauenstein, EuR 2023, S. 563; Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO, 6. Aufl. 2024, § 59c Rn. 73.

⁹ Zur Bezeichnung und seinen Bestandteilen – dem Verbot inaktiver Sozietätszugehörigkeit, dem Verbot des Zusammenschlusses mit Berufsfremden und des Verbots des Eingehens unabhängigkeitsgefährdender Bindungen – Kilian, AnwBl. 2014, S. 111 (112 f.).

C. Fremdbeteiligungsverbote im deutschen anwaltlichen Berufsrecht im Einzelnen

Die Bestimmungen der BRAO lassen, wie bereits dargelegt, weder die reine Kapitalbeteiligung an anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften – auf welcher hier der Fokus liegen soll – noch die aktive Beteiligung von Vertretern anderer als Freier Berufe in solchen Gesellschaften zu. Das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts vom 7.7.2021 hat am Verbot der Kapitalbeteiligung nicht aktiver Personen an Berufsausübungsgesellschaften und speziell Rechtsanwaltsgeellschaften nichts geändert. Sie hat jedoch den Rechtsrahmen im Übrigen in einer Weise modifiziert, dass sich die Frage stellen kann, ob das Verbot der Fremdbeteiligung im Lichte der solchermaßen modifizierten Bestimmungen noch als kohärent betrachtet werden kann.

I. Der Rechtsrahmen für Berufsausübungsgesellschaften nach der BRAO

Das seit 2022 geltende Recht erweitert das Spektrum beruflicher Kooperationen für Rechtsanwälte in Berufsausübungsgesellschaften beträchtlich, hält aber am Grundsatz aktiver Mitwirkung fest. Nach § 59b Abs. 1 S. 1 BRAO dürfen sich Rechtsanwälte zur gemeinsamen Berufsausübung mit anderen in Berufsausübungsgesellschaften verbinden. § 59c Abs. 1 BRAO lässt die gemeinsame Berufsausübung in Berufsausübungsgesellschaften auch mit Vertretern anderer Freier Berufe zu. Diese Möglichkeit hatte zuvor (in Grenzen und mit Unterschieden zwischen den für die Berufsträger jeweils geltenden Berufsrechten) im Grundsatz auch schon bestanden, allerdings war keine interprofessionelle Gesellschaft zulässig, sondern die Gesellschaft musste eine Zulassung als Rechtsanwaltsgeellschaft, Steuerberatungsgesellschaft, Patentanwaltsgeellschaft etc. beantragen, die erteilt wurde, wenn die von den jeweiligen Berufsgesetzen hieran gestellten Anforderungen (typischerweise Anteils- und Stimmrechtsmehrheit der prägenden Berufsgruppe und verantwortliche Führung durch deren Berufsträger) erfüllt waren. Im Einzelnen ist heute

- die gemeinschaftliche Berufsausübung in einer Berufsausübungsgesellschaft Rechtsanwälten (§ 59c BRAO) bzw. Steuerberatern (§ 50 StBerG) mit Vertretern der eng verwandten rechtsberatenden Freien Berufe unbegrenzt gestattet (vgl. § 59c Abs. 1 Nr. 3 BRAO);
- mit Vertretern sonstiger Freier Berufe i.S.d. § 1 Abs. 2 PartGG die gemeinschaftliche Berufsausübung in einer Berufsausübungsgesellschaft gestattet, „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“ (§ 59c Abs. 1 Nr. 4 BRAO; ebenso für Steuerberater: § 50 Abs. 1 Nr. 4 StBerG). Situativ kann außerdem § 59d Abs. 4 BRAO zur Anwendung kommen, der Rechtsanwälten die gemeinsame Berufsausübung mit anderen verbietet, wenn diese anderen „in schwerwiegender Weise oder wiederholt gegen Pflichten“ verstoßen, die in der BRAO oder BORA bestimmt sind.

- Die Mitgliedschaft in Geschäftsführungs- und Aufsichtsorganen ist Vertretern Freier Berufe i.S.v. § 59c Abs. 1 BRAO, also allen Berufsträgern i.S.v. § 1 Abs. 2 PartGG, gestattet. Unter den Voraussetzungen des § 59j Abs. 5 BRAO können dies auch Nichtgesellschaftler sein. Es müssen Rechtsanwälte in vertretungsberechtigter Zahl dem Geschäftsführungsorgan angehören. Dessen Mitglieder sind „verpflichtet, für die Einhaltung des Berufsrechts in der Berufsausübungsgesellschaft zu sorgen“ (§ 59j Abs. 4 BRAO, siehe auch Abs. 1, 3). Bei Rechtsanwälten, die dem Geschäftsführungsorgan angehören, ist Unabhängigkeit zu gewährleisten; Weisungen sind unzulässig (§ 59j Abs. 6 BRAO).

Die Berufsausübungsgesellschaft muss nicht, wie zuvor, als „Rechtsanwaltsgesellschaft“ firmieren, sondern kann, insbesondere wenn Rechtsanwälte nicht die Mehrheit der Anteile und Stimmrechte innehaben, überprofessionell und denominationsfrei sein.¹⁰ Es ist auch nicht länger vorgeschrieben (wie einst in § 59e Abs. 2 S. 1 BRAO a.F., eine Vorgabe, der das BVerfG jedoch 2014 das Ende einläutete¹¹), dass Rechtsanwälte (oder Steuerberater) die quantitativ prägende und die Mehrheit der Anteile haltende Berufsgruppe darstellen und dass die Gesellschaft unter dieser Voraussetzung eine Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft erhält. Als solche darf eine Gesellschaft dann firmieren, wenn die Stimmrechtsmehrheit und die Mehrheit der Mitglieder des Geschäftsführungsorgans Rechtsanwälte sind (§ 59p BRAO). Eine Zulassung der Berufsausübungsgesellschaft, an der Rechtsanwälte beteiligt sind, durch die Rechtsanwaltskammer ist gleichwohl erforderlich (§ 59f ff. BRAO). Im Steuerberatungsgesetz (StBerG), in der Patentanwaltsordnung (PAO) und in der Wirtschaftsprüferordnung (WPO) finden sich ähnliche, wenngleich nicht in jedem Detail identische Regelungen. So kennt die WPO im Gegensatz zu vorstehenden Gesetzen die (interprofessionelle) Berufsausübungsgesellschaft nicht, lässt im Gegenzug in § 28 Abs. 4 Nr. 1a aber auch in gewissem Umfang Gesellschafter zu, die nicht dem Rechtskreis des § 1 Abs. 2 PartGG entstammen.

Bindungen an das anwaltliche Berufsrecht werden in einer anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaft über die Bindung der Rechtsanwälte an ihr eigenes Berufsrecht hinaus auf mehreren Ebenen hergestellt:

- *Bindung der Nicht-Rechtsanwälte an das anwaltliche Berufsrecht:* Gesellschafter, die nicht Rechtsanwälte (bzw. Steuerberater) sind, werden durch § 59d Abs. 1 StBerG verpflichtet, die berufsrechtlichen Pflichten der in der Gesellschaft tätigen Rechtsanwälte, Steuerberater und der Gesellschaft selbst zu wahren. Sie sind zur Verschwiegenheit verpflichtet (§ 59d Abs. 2 BRAO). Verstoßen diese Personen in schwerwiegender Weise oder wiederholt gegen Pflichten nach der BRAO oder BORA, dürfen Rechtsanwälte mit ihnen nicht zusammenarbeiten (§ 59d Abs. 4 BRAO).

¹⁰ Zu den Voraussetzungen statt vieler Jähne, in: Weyland, BRAO, 11. Aufl. 2024, § 59b Rn. 3 ff.

¹¹ Vgl. BVerfG, DStR 2014, 669 m. Anm. Kämmerer.

- *Bindung der Berufsausübungsgesellschaft an das anwaltliche Berufsrecht:* Über § 59e Abs. 1 BRAO sind wesentliche Berufspflichten des Rechtsanwalts (§§ 43 ff. BRAO) und über § 59a BRAO auch die BORA auch für Berufsausübungsgesellschaften verbindlich.
- *Inpflichtnahme der Gesellschafter der Berufsausübungsgesellschaft als Garanten auch für beteiligte nichtanwaltliche Berufsträger:* Wenn an der Berufsausübungsgesellschaft Vertreter nichtanwaltlicher Berufe beteiligt sind, muss durch geeignete gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen sichergestellt werden, dass die Berufsausübungsgesellschaft für die Erfüllung der Berufspflichten sorgen kann (§ 59e Abs. 2 S. 2, Abs. 3 BRAO). Da Nichtanwälte nicht selbst den Bindungen des anwaltlichen Berufsrechts unterliegen, wohl aber die Rechtsanwälte in der Gesellschaft und die Gesellschaft selbst, wird die faktische Bindung der nichtanwaltlichen Gesellschafter mit Mitteln des Gesellschaftsrechts bewirkt und auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages vorverlagert.¹²

II. Die rechtliche Verortung des Verbots der Fremdkapitalbeteiligung

1. Andere als in § 1 Abs. 2 PartGG aufgeführte Berufe

Ein klares Fremdbeteiligungsverbot ergibt sich jedenfalls aus § 59c BRAO für alle Träger von Berufen, die keine Freien Berufe im Sinne des § 1 Abs. 2 PartGG sind: Ihnen ist die Beteiligung an einer Berufsausübungsgesellschaft generell nicht gestattet, weder bei aktiver Mitwirkung noch bei bloßem Einsatz von Kapital.

Wer nicht Träger eines Freien Berufs im Sinne von § 1 Abs. 2 PartGG ist, gilt der Berufsausübungsgesellschaft mithin als wesensfremd und ist allein deshalb schon von der Beteiligung ausgeschlossen.¹³ Dies schließt ausländische Berufsausübungsgesellschaften, die nicht zur Ausübung eines rechtsberatenden Berufs in Deutschland zugelassen sind, EDV-Unternehmen, Legal-Tech-Unternehmen, Software – (einschließlich KI-)Anbieter, Versicherungen und sonstige gewerbliche Akteure aller Art ein. Eine Unterscheidung danach, ob die Beteiligung an der Gesellschaft mit einer beruflichen Betätigung in der Gesellschaft oder einer reinen Kapitalbeteiligung verbunden ist, erübrigt sich insoweit. In diesen Fällen überschneiden sich die Verbote der §§ 59b und 59c BRAO.

¹² Zu den Anforderungen an den Gesellschaftsvertrag etwa Jähne; in: Weyland, BRAO, 11. Aufl. 2024, § 59e Rn. 9.

¹³ Auf die Unabhängigkeit als „gemeinsames Strukturprinzip“ der Freien Berufe verweisend Jähne, in: Weyland, BRAO, 11. Aufl. 2024, § 59c Rn. 12; detailliert zu diesem Merkmal Taupitz, Die Standesordnung der freien Berufe, 1991, S. 44 ff.

2. Inaktive Freiberufler

Das Verbot einer reinen Kapitalbeteiligung von Berufsträgern i.S.v. § 59c Abs. 1 S. 1 BRAO ergibt sich aus der BRAO dagegen nur indirekt. Es wird daraus abgeleitet, dass sich Rechtsanwälte untereinander (§ 59b BRAO) und mit Angehörigen anderer Berufe (§ 59c BRAO) zur „gemeinsamen Berufsausübung“ bzw. „gemeinschaftlichen Berufsausübung“ verbinden können.¹⁴ Die aktive Berufsausübung ist demnach ein Kriterium für die Zulässigkeit der Mitwirkung in der Gesellschaft. An ihr fehlt es bei Freiberuflern, insbesondere Rechtsanwälten, die einst aktiv in der Gesellschaft tätig gewesen sind und diese Tätigkeit vollständig aufgegeben haben, sowie bei Rechtsanwälten und Angehörigen anderer Freier Berufe, die sich, ohne aktiv in der Gesellschaft tätig zu werden, erstmals und ausschließlich mit Kapital in diese einbringen wollen. Wer sich als Rechtsanwalt an einer Berufsausübungsgesellschaft (die als Rechtsanwaltsgesellschaft firmieren kann oder auch nicht) nicht aktiv, sondern nur mit einer Kapitaleinlage beteiligt, ist nicht kraft seiner Qualifikation „fremd“, sondern weil sein Kapital aus Gesellschaftssicht „Fremdkapital“ darstellt.

3. Sonderkonstellationen

Eine Person kann, ohne formal Gesellschafter der Kapitalgesellschaft zu sein, über vertragliche Verbindungen am Gewinn der Gesellschaft beteiligt sein. Dies ist durch § 59i Abs. 3 S. 2 BRAO untersagt. Damit dürften bereits partiarische Darlehensbeteiligungen von Personen, die nicht Gesellschafter sind, also stille Beteiligungen, ausgeschlossen sein, insbesondere aber eine Stellung als stiller Gesellschafter.¹⁵ Eine spezielle Form der Fremdbeteiligung ist das Halten von Anteilen für Rechnung Dritter. Auch dieses ist durch § 59i Abs. 3 S. 1 BRAO mit einem Verbot belegt.

Teile des Schrifttums sehen § 59i Abs. 3 BRAO als verfassungsrechtlich problematisch an. Vereinzelt wird die Vorschrift für verfassungswidrig angesehen: Da stille Gesellschaften wie partiarische Darlehen die Anwaltstätigkeit strukturell nicht beeinflussen könnten, stelle ihr Verbot einen unzulässigen Eingriff in die Berufsfreiheit dar.¹⁶ Andere sprechen sich für eine teleologische Reduktion der Norm in dem Sinne aus, dass sie sich nur auf stille Gesellschaften, nicht aber auf partiarische Darlehen bezieht.¹⁷ Der Streit kann an dieser Stelle nicht entschieden werden; vielmehr hängt die Antwort vom Ergebnis der – hier unter europarechtlichem Vorzeichen – vorzunehmenden Prüfung ab, wie sich der Einfluss externen Kapitals auf die anwaltliche Tätigkeit niederschlägt.

¹⁴ Vgl. nur Kilian, DStR 2023, S. 1621 (1624).

¹⁵ Dahns, NJW-Spezial 2023, 318; von Wedel, in: Hartung/Scharmer, BORA/FAO, 8. Aufl. 2022, § 59i BRAO Rn. 18; Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO, 6. Auflage 2024, § 59i Rn. 29.

¹⁶ Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022, § 59i BRAO Rn. 18.

¹⁷ Christoph, AnwBl Online 2022, S. 94 (95).

4. Rechtsfolgen unzulässiger Kapitalbeteiligung

Die rechtlichen Konsequenzen einer unzulässigen Kapitalbeteiligung sind nicht durchweg klar geregelt.

Nach § 59f Abs. 2 ist die Zulassung der Berufsausübungsgesellschaft zu erteilen, wenn die Gesellschafter – also alle – u.a. die Voraussetzungen der §§ 59b, 59c BRAO erfüllen, was nach herrschender Lesart bedeutet: wenn sie Angehörige eines mit dem Rechtsanwaltsberuf vereinbaren Freien Berufs sind und in der Gesellschaft aktiv mitwirken.¹⁸ Ist dies nicht mehr der Fall, widerruft die Kammer nach § 59h Abs. 3 Nr. 1 BRAO die Zulassung, wobei sie der Gesellschaft zunächst Gelegenheit geben muss, rechtmäßige Zustände herbeizuführen, also die Gesellschafterstellung eines nicht zulässigen Gesellschafters zu beenden. Es handelt sich um eine rechtlich gebundene Entscheidung, die nicht im Ermessen der Kammer liegt.

Zugleich ist in § 59i Abs. 4 BRAO verfügt: „Sofern Gesellschafter die Voraussetzungen des § 59c Absatz 1 nicht erfüllen, haben sie kein Stimmrecht.“ Damit sichert das Gesetz die Berufsausübungsgesellschaft gegen unzulässige Fremdinteressen zusätzlich ab.¹⁹ Aus der Existenz der Vorschrift kann gefolgert werden, dass die reine Kapitalbeteiligung oder die Beteiligung nicht gesellschaftsfähiger Akteure die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags selbst zwar unberührt lässt,²⁰ doch kann ein Beschluss eines Gesellschaftsorgans, der mit ihrer Stimme gefasst worden ist, gemäß § 134 BGB unwirksam sein.²¹

5. Verbot von „Kryptosozietäten“ nach § 27 S. 1 BORA?

Im Zusammenhang mit dem Verbot der Kapitalbeteiligung ist auch § 27 BORA zu nennen, der in Rechtsprechung und Schrifttum als unabhängigkeitssichernde Regelung zur Verhinderung sog. Kryptosozietäten²² bzw. Gewinn-Pools²³ verstanden wird. In § 27 S. 1 BORA ist verfügt: „Am wirtschaftlichen Ergebnis anwaltlicher Tätigkeit dürfen Dritte, die mit den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten nicht zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbunden sind, nicht beteiligt sein.“ Da der Begriff „Beteiligung am wirtschaftlichen Ergebnis“ in der BRAO keine Verwendung findet, stellt sich die Frage nach seiner Auslegung und deren normativen Grenzen. Die Rechtsprechung neigt dazu, auch von §§ 59b, 59c, 59i BRAO nicht explizit erfasste Sachverhalte unter § 27 BORA zu fassen, wie etwa die dauerhafte Beauftragung eines

¹⁸ von Wedel, in: Hartung/Scharmer, BORA/FAO, 8. Aufl. 2022, § 59f BRAO Rn. 10; Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO, 6. Aufl. 2024, § 59f BRAO Rn. 22.

¹⁹ BT-Drs. 19/27670, S. 192; Jähne, in: Weyland, BRAO, 11. Aufl. 2024, § 59i Rn. 16.

²⁰ In der Norm reflektiert der Gesetzgeber daher die Verkehrsschutz- und Bestandsschutzinteressen, die hinter der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft stehen. Instruktiv zu der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft Fleischer, in: MüKo HGB, § 105 Rn. 472 ff.

²¹ Für die Wirksamkeit des Beschlusses differenziert das Gesellschaftsrecht allgemein danach, ob die nichtige Stimme Einfluss auf das Abstimmungsergebnis hat, vgl. etwa Schindler, in: BeckOK GmbHG, 60. Ed. 1.8.2023, § 47 Rn. 151; Rieckers, in: BeckOGK AktG, Ed. 1.10.2023, § 136 AktG Rn. 45.

²² BGH, NJW 2007, S. 2856 (2857); von Wedel, in: Hartung/Scharmer, BORA/FAO, 8. Aufl. 2022, § 27 BORA Rn. 10.

²³ Kilian, in: Henssler/Prütting, BRAO, 6. Aufl. 2024, § 27 BORA Rn. 1.

Inkassodienstleisters durch einen Rechtsanwalt, und § 27 BORA als Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB zu deuten. Die gesetzliche Grundlage sieht der BGH dabei in § 59b (jetzt § 59a) Abs. 2 Nr. 8 BRAO (Satzungskompetenz zur Regelung der besonderen Berufspflichten)²⁴, wozu sich noch § 59a Abs. 2 Nr. 1 lit. b BRAO gesellen könnte.²⁵

Über die Frage, ob § 27 S. 1 BORA eine ausreichende gesetzliche Ermächtigung zugrunde liegt, wird seit langem gestritten.²⁶ So wie der BGH § 27 BORA handhabt, stellt er sich als normatives Verbot des Abschlusses von Verträgen bestimmter Art, nämlich der Gewinnbeteiligung, dar. Gesetzliche Verbote, zumal berufsbezogene, wirken jedoch in einem Maße grundrechtsbeschränkend, dass der Gesetzgeber sie in den wesentlichen Zügen selbst zu regeln hat; die allgemeine Verpflichtung der Rechtsanwälte zur Unabhängigkeit bietet keine ausreichende Basis für ein Verbot, das sich ausschließlich aus dem Satzungsrecht ablesen lässt.²⁷ Wenn der Gesetzgeber die Grenzen partiarischer Beteiligungen in § 59i Abs. 3 BRAO selbst regelt, muss er dies konsequenterweise auch mit den Grenzen der rechtlichen Zulässigkeit von Gewinnbeteiligungen tun. Will man § 27 BORA die Nichtigkeitsfolge ersparen, kann man die Bestimmung zwar gleichwohl auf § 59b Abs. 2 Nr. 1 lit. b BRAO stützen, doch müsste die Regelung im Lichte des Grundsatzes, dass grundrechtswesentliche Entscheidungen vom Gesetzgeber selbst zu treffen sind, einschränkend so verstanden werden, dass ihre Restriktionen nicht über das hinausgehen dürfen, die im Gesetz schon hinreichend konkret ausgeformt sind. Dann aber erschöpft sich § 27 BORA in einer Paraphrase des § 59c und § 59i BRAO und erweist sich insofern als rechtspolitisch entbehrlich.

D. Rechtsvergleichende Betrachtung: Erfahrungen mit Fremdbeteiligung in anderen Ländern

Soweit ersichtlich, ist in keinem der gegenwärtig der EU angehörenden Staaten die reine Kapitalbeteiligung an einer als Kapitalgesellschaft agierenden „Law Firm“ zulässig.²⁸ Dies rechtfertigt jedoch nicht automatisch den Schluss, dass das „Fremdbesitzverbot“ unter unions- und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten unangreifbar ist, und auch nicht, dass es das sowohl für die Interessen der Rechtsanwaltschaft als auch diejenigen ihrer Mandanten ideale Modell darstellt. Außerhalb der EU wird Fremdbeteiligung an „Law Firms“ bereits seit einigen Jahren praktiziert. Die Regelungen und die mit ihnen gewonnenen Erfahrungen, die auch in die rechtliche Bewertung des deutschen Fremdbeteiligungsverbots und rechtspolitische Vorschläge einfließen sollen, werden im Folgenden kurz dargestellt.

²⁴ BGH, NJW 2007, S. 2856 (2857).

²⁵ Nöker, in: Weyland, BRAO, 11. Aufl. 2024, § 27 BORA Rn. 5.

²⁶ Pro außer dem BGH z.B. von Wedel, in: Hartung/Scharmer, BORA/FAO, 8. Aufl. 2022, Rn. 15; Nöker, ebd.; contra z.B.: Römermann, in: BeckOK BORA, 44. Ed., Stand 1.3.2024, § 27 Rn. 17 ff.

²⁷ Vgl. Kämmerer, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 85 m.w.N.

²⁸ Etwa Panteia (Hrsg.), Evaluation of the legal framework for the free movement of lawyers, 2012, S. 236; allerdings ist Bewegung in der Debatte auch etwa in Frankreich Hill, Oregon Review of International Law 18 (2017), 135 (178 ff.); Henssler, NJW 2010, S. 1425; in Spanien Kilian/Bubrowski, RIW 2007, S. 669.

I. Anglo-amerikanischer Bereich

1. Vereinigtes Königreich (England und Wales)

Durch den Legal Services Act (LSA) 2007²⁹ wurde die Erbringung von Rechtsdienstleistungen im Vereinigten Königreich auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt. Die in Teil 5 des LSA geregelten Alternative Business Structures (ABSs) bilden dabei zwar die im Schrifttum am intensivsten erörterte Neuerung, doch handelt es sich nur um ein Element der mit dem LSA unternommenen grundlegenden Neukonzeption der Regulierung dieses Dienstleistungsbereichs. Ziel der Neuregelung war, den Rechtsdienstleistungssektor insgesamt innovativer, wettbewerbsfähiger und kundenfreundlicher zu gestalten. Der LSA schuf für Entitäten mit rechtsberatender Tätigkeit als neue Regulierungsbehörde das Legal Services Board (LSB). Dieses darf unter den in Schedule 4 niedergelegten Voraussetzungen weitere Stellen mit Regulierungsbefugnissen betrauen. Die Lizenzierung von ABSs ist auf dieser Basis mittlerweile der ebenfalls 2007 geschaffenen Solicitors Regulation Authority (SRA) übertragen worden, aber auch zwei berufliche Selbstverwaltungsgremien, nämlich der Council for Licensed Conveyancers (CLC) und das Institute for Chartered Accountants (ICA), sind damit betraut worden, Genehmigungen (approvals) zu erteilen.³⁰

Die ABS ist aus zwei Gründen keine Form beruflicher Zusammenarbeit im eigentlichen Sinne: Erstens ist sie nach dem Gesetz als eine rechtsdienstleistende Entität angelegt, die „legal services“ erbringt. Zweitens ist die Mitwirkung im ABS nicht vorausgesetzt; auch eine reine Kapitalbeteiligung ist zulässig. Auch eine solche Person ist von Leitungsfunktionen im ABS nicht ausgeschlossen. Bestehende Vorbehaltsrechte bestimmter Berufsträger – die im Vereinigten Königreich ohnehin nur in geringem Umfang bestehen – werden durch den LSA nicht angetastet. Wo Tätigkeitsvorbehalte für Rechtsberatung bestehen (was im Vereinigten Königreich nur sehr begrenzt, bei Barristers, der Fall ist), werden sie durch und in ABSs nicht aufgehoben.

Die Regulierung der ABSs weicht von dem deutschen Modell der Aufsicht über Berufsausübungsgesellschaften – welche durch die berufsständischen Kammern erfolgt – erheblich ab. Die Einhaltung der (im LSA nicht spezifizierten, aber in der Lizenz spezifizierbaren) berufsrechtlichen Vorschriften schuldet das ABS; dafür trägt ihr „Compliance Officer for Legal Practice“ und ihr „Compliance Officer for Finance and Administration“ gegenüber der Regulierungsbehörde die Verantwortung.³¹ Das Modell weist insofern Züge dessen auf, was in der Verwaltungswissenschaft als staatlich regulierte Selbstregulierung bezeichnet wird. Das Wort „Regulierung“ erscheint dabei auch passender als das der Aufsicht, da das britische Modell nicht darauf angelegt ist, die „Pflichtenrechtsstellung“ der rechtsberatenden Freien Berufe für die Verwirklichung einer geordneten Rechtspflege zu konturieren, sondern einen möglichst

²⁹ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/29/contents>, zuletzt aberufen am 30.7.2024.

³⁰ Vgl. Hill Oregon Review of International Law 18 (2017), 135 (165 f.).

³¹ Vgl. Sapere Research Group, Alternative business structures and multidisciplinary practices, 2023, S. 7 mit Verweis auf Law Society (Hrsg.), Alternative Business Structures, Practice Note, 2022. S. auch Rule 8 <https://www.sra.org.uk/solicitors/standards-regulations/authorisation-firms-rules/>

funktionsfähigen Rechtsmarkt mit innovativen und bedarfsgerechten Rechtsdienstleistungen zu fördern. Es handelt sich mehr um Marktregulierung denn Berufsregulierung. Mit Recht ist im Schrifttum betont worden, dass der englische bzw. walisische Gesetzgeber bei der Normierung des LSA jedenfalls keine Deregulierung des Rechtsdienstleistungsmarktes durchgeführt hat. Die Kontrolle durch die LSA ist streng, die materiellen Anforderungen hoch.³²

Als bemerkenswert sei noch ein Detail herausgehoben: Im Vereinigten Königreich wird der Gesetzgeber, wo er ein institutionelles Zusammenwirken von Rechtsanwälten mit Berufsträgern ermöglicht, die nach deutschem Verständnis keine Freien Berufe ausüben, Umfragen zufolge vielfach selbst als Innovationstreiber angesehen.³³

2. Australien

Eine im Bundesstaat New South Wales eingeführten gesetzliche Regelung wurde zur Grundlage eines Mustergesetzes, des Legal Profession Uniform Law von 2014, das – ähnlich wie das VwVfG in Deutschland – in den australischen Bundesstaaten mit identischem Inhalt erlassen wurde. Das 476 Normen umfassende Gesetz³⁴ regelt alle Aspekte der Erbringung von Rechtsdienstleistungen. Die Zulässigkeit von Kapitalbeteiligungen an Law Firms wird in den Bestimmungen des Uniform Law nicht explizit angesprochen, sondern implizite Folge der Einführung der „incorporated legal practice“ (ILP), legaldefiniert (in sec. 6) wie folgt:

“a corporation that satisfies the following criteria—

(a) it is—

(i) a company within the meaning of the Corporations Act; or

(ii) a corporation, or a corporation of a kind, approved by the Council under section 114 or specified in the Uniform Rules for the purposes of this definition;

(b) it has given notice under section 104 that it intends to engage in legal practice in Australia and that notice is still operative;

(c) the legal services it provides or proposes to provide are not limited to either or both of the following services—

(i) in-house legal services for the corporation or a related entity;

(ii) services that are not legally required to be provided by an Australian legal practitioner and that are provided by an officer or employee who is not an Australian legal practitioner;

(d) it is not excluded by the Uniform Rules from being an incorporated legal practice— but does not include a community legal service”.

³² Yarrow/Decker, Assessing the economic significance of the professional legal services sector in the European Union, 2012, Rn. 215; <https://www.legalfutures.co.uk/latest-news/legal-services-act-has-delivered-limited-benefits-to-competition>, zuletzt abgerufen: 30.7.2024.

³³ Roper/Love/Rieger/Bourke, Innovation in legal services. A report for the Solicitors Regulation Authority and the Legal Services Board, Enterprise Research Centre (ERC), 2015, S. 7.

³⁴ Abrufbar z.B. unter https://www5.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/lpulaa2014406/sch1.html (zuletzt abgerufen 5.8.2024). Vgl. auch Hill, Oregon Review of International Law 18 (2017), 135 (149 f.).

Das Uniform Law behandelt die ILP als „legal practice“, die wiederum zu den nach der Legaldefinition zu Rechtsdienstleistungen befugten Entitäten („qualified entities“) gehört. Eine Genehmigung ist zu ihrer Errichtung nicht erforderlich, die Aufnahme der Tätigkeit ist (wie auch ihre spätere Beendigung) lediglich anzuzeigen (sec. 104). Als „law practice“ unterliegt die ILP den allgemein für diese geltenden Regeln der sec. 32 ff.: Der bestellte Leiter („authorised principal“), über den die ILP verfügen muss (sec. 105), trägt die Verantwortung für die Beachtung des Uniform Law und der anderen berufsrechtlichen Regeln innerhalb der ILP (sec. 34) und ist für Verstöße haftbar (sec. 35). Die Legaldefinition des „principal“ in sec. 6 verlangt, dass es sich um einen „Australian legal practitioner“ handeln muss, der bei der Leitung eines ILP zudem durch spezielles australisches Zertifikat zur Ausübung dieser Leitungsfunktion besonders autorisiert sein muss („holds an Australian practising certificate authorising the holder to engage in legal practice as a principal of a law practice“). Zudem muss er in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht Geschäftsführer oder ein Partner sein oder eine ähnliche Stellung innehaben.

Eine ILP kann neben Rechtsdienstleistungen auch Dienstleistungen anderer Art erbringen (sec. 103). Ist dies der Fall, muss den Mandanten nach den sog. Uniform General Rules, auf die sich das Gesetz an mehreren Stellen bezieht, angezeigt werden, welche Dienstleistungen rechtlicher und welche außerrechtlicher Natur sind (Uniform Rules n. 31).

Wie der britische Legal Services Act ändert die jüngere australische Gesetzgebung an bestehenden Vorbehaltsrechten für die Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch „Australian legal practitioners“ nichts. Unter den Regelungszielen (sec. 3) findet die Stärkung des Wettbewerbs keine besondere Betonung. Von den britischen Regelungen unterscheidet sich das australische Gesetz darin, dass sich darin zur Kapitalbeteiligung keine Aussagen findet: Der Gesetzgeber regelt diese Frage, indem er sie nicht regelt. Da alle Verantwortung beim „principal“ zusammenläuft, der für die Einhaltung des Rechts in der ILP persönlich verantwortlich ist, kommt es auf die Binnenstruktur der ILP und die Beteiligungsverhältnisse nicht mehr an. Die Berufs- und Standesregeln der einzelnen in der ILP Mitwirkenden und die Regeln, die sie als Mitglieder der *bar* zu beachten haben, werden dadurch nicht aufgehoben. Kapitel 8 des Uniform Law errichtet, auch insoweit dem britischen LSA nicht unähnlich, Regulierungsbehörden und stattet sie mit Aufsichtsbefugnissen aus. Auch Australien folgt insoweit dem Grundmuster der staatlich regulierten Selbstregulierung, allerdings mit einem stärker personalisierten Ansatz.

3. USA (Arizona)

Eine am 21. November 2018 beim Obersten Gerichtshof von Arizona eingesetzte Task Force empfahl in ihrem 2019 vorgelegten Abschlussbericht, „to remove the explicit barrier to lawyers and non-lawyers co-owning businesses that engage in the practice of law while preserving the dual goals of ensuring the professional independence of lawyers and protecting the public.“³⁵

³⁵ Supreme Court State of Arizona, Task Force on the Delivery of Legal Services, Report and Recommendations. 2019, S. 10, <https://www.azcourts.gov/Portals/74/LSTF/Report/LSTFReportRecommendations-RED10042019.pdf?ver=2019-10-07-084849-750>, zuletzt aberufen am 30.7.2024.

Zum 1. Januar 2021 wurde auch in Arizona die Alternative Business Structure (ABS) eingeführt, die in Ziel, Struktur und Regulierungsansatz dem britischen Konzept ähnelt. Nicht-Rechtsanwälte können seither Eigentümer oder Gesellschafter einer Rechtsanwaltskanzlei sein. Soweit Aufgaben der Rechtsberatung und -vertretung Rechtsanwälten vorbehalten waren, bleiben sie dies auch innerhalb von ABS. Ein ABS muss über einen Compliance Lawyer verfügen, der für die Einhaltung der rechtlichen Bestimmungen innerhalb des ABS wacht (und somit verhindert, dass unangemessen auf die Rechtsanwalts-tätigkeit seitens von Kapitalgebern Einfluss genommen wird) und für die Einhaltung dieser Regeln verantwortlich ist. Bei der Lizenzierung der ABSs, die durch den Obersten Gerichtshof erfolgt, wird u.a. untersucht, ob die Freiheit und Unabhängigkeit der anwaltlichen Berufsausübung und die Vertraulichkeit der Mandantenbeziehungen sichergestellt ist.³⁶

4. Zwischenbilanz für den anglo-amerikanischen Bereich

In Australien wurde – wie auch im Vereinigten Königreich und den USA – die Besorgnis laut, dass die Zufuhr externen Kapitals in ABS bzw. ILP zu Rosinenpicken (Cherry Picking) führen würde, das heißt, dass sich Kanzleien auf Bereiche des Rechts konzentrieren würden, die besonders hohe Rendite versprechen würden. In Australien und im Vereinigten Königreich durchgeführte Studien konnten diese Annahme nicht belegen. Soweit in England und Wales die Zahl der Mandate mit niedrigem Gebührensatz zurückging, wurde dies nicht auf Kapitaldruck externer Beteiligter, sondern auf gesetzliche Beschränkungen im Bereich der Prozesskostenhilfe zurückgeführt.³⁷

Umfragen zeichnen ein gemischtes Bild bei den mit ABSs gewonnenen Erfahrungen der Mitglieder rechtsberatender Berufe. Beeinträchtigungen durch Abhängigkeit von Fremdkapital werden, soweit ersichtlich, dabei nicht angegeben, allenfalls Nichterfüllung der Erwartungen an größere Flexibilität. Im Jahr 2014 waren im Vereinigten Königreich nur 2% der Rechtsdienstleister als ABS organisiert³⁸, fünf Jahre später waren es mehr als 10% (ca. 1.300 von rund 10.000).³⁹ Nur 5% der ABS hatten (2014) einen Umsatz von mehr als 30 Millionen Pfund, bei mehr als 40% lag er unterhalb einer Million Pfund.⁴⁰ Hier deutet sich an, dass solche Formen institutionalisierter Kooperation für kleinere und mittelgroße Kanzleien interessanter ist als für Großkanzleien. Dies könnte daran liegen, dass das Bedürfnis nach Spezialisierung bei jenen Kanzleien größer, der Kapitalstock zugleich kleiner ist und damit weniger Möglichkeiten

³⁶ Näher dazu Sapere Research Group, Alternative business structures and multi-disciplinary practice, Working Paper, February 2023, S. 13 f., <https://legalframeworkreview.org.nz/wp-content/uploads/2023/03/WP-11-Alternative-Business-Structures-and-Multi-Disciplinary-Practices-final.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.7.2024.

³⁷ BCG (Hrsg.), The Effects of Deregulating Legal Services in England and Wales, 2021, S. 25.

³⁸ Solicitors Regulation Authority (SRA)(Hrsg.), Research on alternative business structures (ABSs). Findings from surveys with ABSs and applicants that withdrew from the licensing process, 2014, S. 9.

³⁹ UK Legal Services Market Trends Report 2019; vgl. <https://www.finanzznachrichten.de/nachrichten-2019-03/46114115-uk-legal-services-market-trends-report-2019-revenue-growth-forecast-in-2019-is-5-4-at-current-prices-and-year-on-year-growth-of-between-5-6-004.htm> (zuletzt abgerufen am 30.7.2024).

⁴⁰ Solicitors Regulation Authority (SRA) (Hrsg.), Research on alternative business structures (ABSs). Findings from surveys with ABSs and applicants that withdrew from the licensing process, 2014, S. 11.

bestehen, die benötigten nicht-juristischen Dienste über eine eigene Serviceabteilung zu erbringen oder ad hoc einzukaufen. Laut Berichten der Betreiber von ABSs hat sich das Dienstleistungsspektrum mit ihrer Einrichtung nicht wesentlich verändert, wohl aber die Art und Weise ihrer Erbringung.⁴¹ Mit der Einführung von Alternative Business Structures (ABSs) in England und Wales verbanden sich die Erwartungen, dass durch Effizienzsteigerung im Entscheidungsablauf Kosten gesenkt und zugleich Innovationen im Rechtsdienstleistungsmarkt gefördert würden.⁴² Allerdings steht Analysen zufolge bei den Anbietern nicht Kostensenkung im Vordergrund, sondern Verbesserung der Dienstleistungsqualität und Akquise neuer Mandanten.⁴³ Manche Kanzleien geben an, dass ABS ein wichtiger oder gar zentraler Faktor für die Weiterentwicklung ihres Geschäftsmodells und wirtschaftliches Wachstum gewesen sei, während andere keinen Effekt angeben können.⁴⁴ Eine Studie der Boston Consulting Group aus dem Jahr 2021 ergab indes, dass ABSs die mit dem LSA verbundenen Erwartungen, nämlich bessere Dienstleistungen durch mehr Wettbewerb zu günstigeren Konditionen, allenfalls insofern erfüllt habe, als größere Strukturen Skalenvorteile mit sich gebracht hätten. Die Studie betont zugleich, dass rechtsstaatliche Bedenken gegen ABSs nicht erhoben worden seien und sich das Rechtsstaats-Ranking des Vereinigten Königreichs im internationalen Vergleich seit ihrer Einführung oder gar bedingt durch sie nicht verschlechtert habe.⁴⁵

II. Norwegen

Das norwegische Berufsrecht der Anwälte ist dem deutschen in erheblichen Teilen vergleichbar. Während die reine Kapitalbeteiligung an Kanzleien nicht gestattet ist, ist das norwegische Recht weniger restriktiv bei der Gestattung von Rechtsdienstleistungen durch Nichtanwälte und gegenüber mit Aktivitäten verbundenen Kooperationen. Es ist traditionell Nichtanwältinnen sogar erlaubt, Eigentum an einer „Law Firm“ zu haben, solange sie darin einen wesentlichen Teil ihrer beruflichen Tätigkeit verbringen.⁴⁶

Initiativen für eine Flexibilisierung des anwaltlichen Berufsrechts in Norwegen gibt es seit den 2010er Jahren. 2015 präsentierte die [Beratende] Anwaltsrechtskommission (*Advokatloutvalget*) einen Bericht, in dem sie dem norwegischen Ministerium für Justiz und öffentliche Sicherheit Änderungen im Berufsrecht der Rechtsanwälte vorschlug. Das Ministerium beauftragte daraufhin das Institut Copenhagen Economics mit einer Studie zu zwei Änderungen, welche die Anwaltsrechtskommission vorgeschlagen hatte und deren eine das Recht zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen und die andere Regelungen zur Beteiligung an Anwaltskanzleien

⁴¹ Ebd., S. 17.

⁴² ebd., S. 6 f.

⁴³ Ebd., S. 72.

⁴⁴ ebd., insbes. S. 4, 13.

⁴⁵ BCG (Hrsg.), *The Effects of Deregulating Legal Services in England and Wales*, 2021, S. 24 ff.

⁴⁶ Vgl. Copenhagen Economics, *Analysis of Changes in Norwegian Lawyer Regulation*, <https://copenhagoneconomics.com/publication/analysis-of-changes-in-norwegian-lawyer-regulation/>.

betraf.⁴⁷ Die Studie⁴⁸ zeichnet die starken Kontroversen in Norwegen wie im Ausland um die Gestattung reiner Kapitalbeteiligungen nach. Während sich Verbände und Parteien überwiegend für eine Liberalisierung starkmachten,⁴⁹ sprachen sich die Advokatforening und die Anwaltskommission gegen die vorgeschlagenen Änderungen und teils sogar für eine Verschärfung der Beteiligungsverbote aus.⁵⁰ Die Studie von Copenhagen Economics hebt hervor, dass die Einbeziehung von Drittkapitalgebern vor allem für den Zugang zu Legal Tech von Bedeutung sein und zu einer Marktbelebung beitragen kann, weist aber auch auf die Notwendigkeit hin, das „begrenzte Qualitätsrisiko“ durch effektive Regulierung zu umhegen.⁵¹ Im Ergebnis sprechen sich ihre Urheber zwar gegen eine (von Anwaltsverbänden verlangte) strengere Regulierung, aber auch nicht mit Nachdruck für die vorgeschlagenen Liberalisierungen aus: Angesichts der zahlreichen Ausnahmen vom Anwaltsvorbehalt, die im Recht schon derzeit existierten, und der – in der Studie durchaus benannten – Gefahren für die unabhängige Berufsausübung sowie des Aufwands ihrer Regulierung sei fraglich, ob der Nutzen die Kosten übersteige.⁵²

Die Befürworter einer Drittkapitalbeteiligung an Rechtsanwaltskanzleien haben sich bislang nicht durchsetzen können. Am 12.5.2022 verabschiedete das norwegische Parlament das „Gesetz über Rechtsanwälte und andere, die Rechtsbeistand leisten („Rechtsanwaltsgesetz“), in der Originalbezeichnung „Lov om advokater og andre som yter rettslig bistand (advokatloven)“.⁵³ In § 21 dieses Gesetzes ist u.a. verfügt (Übersetzung durch den Verf. aus dem Norwegischen):

„(2) Eigentümer der Kanzlei können nur Personen sein, die einen wesentlichen Teil ihrer beruflichen Tätigkeit in einer Rechtsanwaltskanzlei ausüben. Eine Holdinggesellschaft kann dennoch Anteile an einer Anwaltskanzlei besitzen, wenn die Holdinggesellschaft im Besitz von Personen ist, die einen wesentlichen Teil ihrer beruflichen Tätigkeit im eigenen Unternehmen ausüben, und die Holdinggesellschaft die Bedingungen in diesem Abschnitt und in den Abschnitten 20 und 22 erfüllt.

(3) Hat die Kanzlei einen Vorstand, so müssen Rechtsanwälte, die einen wesentlichen Teil ihrer beruflichen Tätigkeit in der Kanzlei ausüben, jederzeit die Mehrheit im Vorstand haben. Personen, die mit einer anderen Anwaltskanzlei verbunden sind, Mandanten und andere Personen, die eine Zugehörigkeit, Position oder dergleichen haben, die mit sich bringt, dass die Kanzlei nicht unabhängig ist, dürfen nicht Vorstandsmitglieder sein.“⁵⁴

⁴⁷ ebd.

⁴⁸ Copenhagen Economics (Hrsg.), Justis- og Beredskapsdepartement, Analyse av endringer i norsk advokatregulering, 2019, https://copenhageneconomics.com/wp-content/uploads/2021/12/copenhagen-economics_analyse-av-endringer-i-norsk-advokatregulering_2019.pdf, zuletzt abgerufen: 30.7.2024, insbes. S. 60 ff.

⁴⁹ Zu Stimmen aus der Wirtschaft für eine Lockerung bei Copenhagen Economics, ebd., S. 65 ff.

⁵⁰ Vgl. <https://copenhageneconomics.com/publication/analysis-of-changes-in-norwegian-lawyer-regulation/>

⁵¹ Copenhagen Economics (Hrsg.), Justis- og Beredskapsdepartement, Analyse av endringer i norsk advokatregulering, 2019, insbes. S. 73 f.

⁵² Copenhagen Economics (Hrsg.), Justis- og Beredskapsdepartement, Analyse av endringer i norsk advokatregulering, 20.12.2019, S. 60 ff.

⁵³ <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2022-05-12-28?q=advokatlov>, zuletzt abgerufen: 30.7.2024

⁵⁴ Im Original: „(2) Bare personer som utøver en vesentlig del av sin yrkesaktivitet i et advokatforetak, kan være eiere i foretaket. Et holdingselskap kan likevel eie andeler i et advokatforetak dersom holdingselskapet eies av

Ob externe Vorstandsmitglieder nach dieser Regelung zulässig sein können, erscheint zweifelhaft; definitiv unzulässig sind reine externe Kapitalbeteiligungen. Im Übrigen entspricht Absatz 2 der auch bisher schon bestehenden Rechtslage, nach der auch ein Nichtanwalt Eigentümer einer Rechtsanwaltskanzlei sein kann, wenn er sich darin (haupt-)beruflich betätigt.

Das Gesetz ist auch zwei Jahre nach seinem Erlass noch nicht in Kraft getreten. (§ 72 bestimmt den Zeitpunkt des Inkrafttretens nicht, sondern ordnet nur an, dass dieser durch Gesetz bestimmt wird). Laut Auskunft seitens der Advokatforeningen/Norwegian Bar Association gibt es aber in Teilen der norwegischen Oppositionsparteien nach wie vor Bestrebungen für die Zulassung reiner Kapitalbeteiligungen an Anwaltskanzleien; das Thema bleibt also in dem Land auf der Agenda.

III. Lehren aus den rechtsvergleichenden Betrachtungen

Insbesondere im angelsächsischen Raum sind Kapitalbeteiligungen an „Law Firms“ mittlerweile nichts Ungewöhnliches mehr, wobei die Grenze zwischen finanziellem Engagement und Kooperation nicht immer eine klar gezogene ist. Die neuen Beteiligungsformen bieten Raum für Innovation und Investitionen in die Digitalisierung des Rechtsdienstleistungsangebots, von dem offensichtlich auch Gebrauch gemacht wird. Die Entitäten werden als Rechtsdienstleister verstanden und – mit Unterschieden beim normativen Zugriff – in diesem Sinne reguliert. Vor allem im Vereinigten Königreich ist diese Regulierung, die durch dafür eigens geschaffene Behörden erfolgt, der Marktregulierung durch Aufsichtsbehörden, wie sie in Finanzdienstleistungsbereichen praktiziert wird, wesentlich ähnlicher als der Aufsicht der berufsständischen Kammern als Selbstverwaltungskörperschaften über ihre Mitglieder. Allerdings wird die berufliche Selbstregulierung (etwa durch die *bars*) durch die neuen Aufsichtsmechanismen nicht aufgehoben, sondern besteht daneben fort.

Im römischrechtlich geprägten Kontinentaleuropa werden häufig noch strukturelle Beschränkungen für erforderlich gesehen. Die empfundene Notwendigkeit, eine Kapitalbeteiligung an Anwaltskanzleien stark zu regulieren, auch um den Anwaltsberuf in seiner Unabhängigkeit zu schützen, war einer der Gründe, warum Norwegen die Kapitalöffnung nicht mit Nachdruck weiterverfolgte, Widerstand seitens der Advokatforening dürfte ein weiterer Grund gewesen sein, aber auch die gemischten Ergebnisse aus England dürften eine Rolle gespielt haben.

personer som utøver en vesentlig del av sin yrkesaktivitet i det eide foretaket, og holdingselskapet overholder vilkårene i paragrafen her og i §§ 20 og 22.

(3) Har advokatforetaket et styre, skal advokater som utøver en vesentlig del av sin yrkesaktivitet i foretaket, til enhver tid utgjøre flertallet i styret. Personer som er tilknyttet et annet advokatforetak, klienter og andre personer som har en tilknytning, posisjon eller lignende som medfører at advokatforetaket ikke er uavhengig, kan ikke være styremedlemmer.”

I. Spektrum und Interessenlage

Das Spektrum der Gründe, aus denen „Fremde“ sich an einer Berufsausübungsgesellschaft beteiligen, die ganz oder vornehmlich von Rechtsanwälten geführt wird, und aus denen diese Gesellschaft nach einer solchen Beteiligung strebt, ist prinzipiell breit.

1. Innovationsgetragener Kapitalbedarf (insbes. für KI/Legal Tech) und strategische Mitwirkung des Kapitalgebers

a) Das Spektrum der Bedarfe und Akteure

Typischerweise spiegelt das Interesse an einer reinen Kapitalbeteiligung, die nicht mit einer irgendwie gearteten Betätigung in der Gesellschaft einhergeht, einen zur Durchführung von Innovationen nötigen Kapitalbedarf: Die Kanzlei (Gesellschaft) benötigt zur Expansion bzw. zur Erschließung neuer Geschäftszweige und insbesondere zur Bewältigung der „digitalen Transformation“ Kapital, das von den freiberuflich tätigen Gesellschaftern nicht in ausreichendem Maße bereitgestellt werden kann. Der „Fremde“ – eine Einzelperson, wahrscheinlicher eine Gesellschaft – stellt dieses Kapital zur Verfügung, möchte im Gegenzug aber über die Gesellschafterstellung auch über seinen Einsatz und seine Mehrung mitbestimmen. Die Interessenlage entspricht derjenigen eines größeren Aktionärs in einer Publikumsgesellschaft, der am operativen Geschäft nicht beteiligt ist, über die Hauptversammlung aber an unternehmerischen Weichenstellungen mitwirken möchte, um die Voraussetzungen für einen steigenden Börsenkurs und angemessen hohe Ausschüttungen zu schaffen.⁵⁵

Kapitalbeteiligungen werden am ehesten von und mit Akteuren angestrebt, deren Geschäftsfeld Synergien mit der freiberuflichen, insbesondere anwaltlichen, Tätigkeit erwarten lässt. Vor allem Unternehmen der IT- und Legal-Tech-Branchen suchen die Verbindung mit Kanzleien, um ihre Produkte zielgerichtet einsetzen und in der Praxis optimieren zu können – und Kanzleien diese Unternehmen als Partner, um Innovationen durchzuführen und sich Geschäftsfelder wie Automatisierung der Beilegung von Streitigkeiten zu erschließen.⁵⁶ Raum für Innovationen wird bei den Entscheidungsabläufen innerhalb der Kanzlei, aber auch beim Leistungsangebot gesehen.⁵⁷ Dabei lässt sich unterscheiden zwischen rein unterstützenden Dienstleistungsangeboten (im Bereich der Legal Tech wird von Supportive Legal Tech gesprochen) und unmittelbar

⁵⁵ Sog. Rechtsfigur des „aktivistischen Aktionärs“ i.S.d. Shareholder Engagement bzw. Activism; dazu statt vieler Inci, Shareholder Engagement: Chancen, Risiken und Kompatibilität mit der deutschen Corporate Governance, 2018.

⁵⁶ Vgl. Remmertz, AnwBl 2022, 534, der dies insbesondere auf das Bedürfnis zur Bewältigung von Massenverfahren zurückführt; bereits das BMJV hebt in seinem „Eckpunktepapier für eine Neuordnung des Berufsrechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften“ (Nr. 7) v. 27.8.2019 explizit die einfachere Finanzierbarkeit von Legal-Tech-Innovationen als Anlass für die Prüfung der Erlaubnis von Kapitalbeteiligungen hervor.

⁵⁷ Vgl. Stellungnahme des Legal Tech Verband Deutschland zum Fragebogen „Regelungen der Bundesrechtsanwaltsordnung und der Patentanwaltsordnung zum Fremdbesitz“ des Bundesministeriums der Justiz vom 17. Oktober 2023.

anwendungsbezogenen Formen, bei denen die anwaltliche mit einer nicht-anwaltlichen, typischerweise rechtstechnischen und möglicherweise KI-gestützten Dienstleistung gekoppelt wird.⁵⁸ Hinzu kommt die Ebene der digitalen Präsentation des Leistungsangebots, etwa auf sozialen Netzwerken oder im Internet. Eine scharfe Unterscheidung zwischen dem internen Prozess und der eigentlichen Leistung dürfte nicht immer möglich sein, weil sich prozedurale Änderungen (z.B. mithilfe Digitalisierung) auch in Änderungen bei den erbrachten Leistungen niederschlagen. Was einst ein Mandat mit Einzelfallberatung war, kann heute Bestandteil weitgehend automatisierter Massenverfahren darstellen. Die Standardisierung juristischer Entscheidungsprozesse, in die solche Entwicklungen sich einfügen, wird keineswegs allein von den Berufsträgern forciert, sondern wird durch gesetzliche Regelungen vorgeprägt, die, wie die Richtlinie über Fluggastrechte, pauschale Ersatzleistungen für eine Vielzahl gleichzeitig und in gleicher Weise betroffener Personen vorsehen. Ein großes Interesse an Beteiligungen an Rechtsanwaltsgesellschaften besteht auch bei Rechtsschutzversicherern, die mit der Stellung als Gesellschafter darauf einwirken können, dass Rechtsdienstleistungen (für sie und für Mandanten) erschwinglich bleiben.⁵⁹ Aus Sicht der Rechtsanwälte hingegen könnte der mit der Beteiligung einhergehende Vorteil einer dauerhaften Partnerschaft mit ihrem Versicherungs-Gesellschafter den Nachteil überwiegen, einen Teil des Gewinns an diesen abführen zu müssen.

Reine Finanzinvestoren, also Private-Equity-Unternehmen, dürften nur ausnahmsweise Interesse an Beteiligungen an Berufsausübungsgesellschaften haben, zumal diese nicht börsennotiert sind und es wegen der Beteiligungsbeschränkungen des geltenden Rechts auch nicht sein können. Interesse an einer Kapitalbeteiligung wird typischerweise bei Unternehmen zu erwarten sein, deren Dienstleistungen oder Waren in einem sachlichen, ja mitunter synergetischen Zusammenhang mit Rechtsberatung stehen („strategische Investments“), weshalb auch unter Rechtsanwälten ein beruflich begründetes Interesse besteht, sich der fachlichen Expertise dieser Akteure – auch ohne aktive Mitwirkung in der Gesellschaft – zu bedienen. Dazu zählen juristische Verlage und Plattformen, KI- und Legal-Tech-Unternehmen, die ihre Gesellschaftereinlage auch in Form von Software leisten können. An Mitentscheidung über einzelne Mandate haben diese Akteure kein Interesse; sie sind vielmehr daran interessiert, die Effizienz der Rechtsberatung durch Veränderung in Strukturen und Entscheidungsprozessen zu erhöhen. Dabei liegt der Schwerpunkt in denjenigen Bereichen, die sich für solche Veränderungen (wie Einsatz von KI) besonders eignen.

Wer welche – außergerichtliche – Rechtsdienstleistungen zu erbringen berechtigt ist, bestimmt sich nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) und ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Diese bezieht sich allein auf finanzielle Beteiligungen, nach denen – auch wenn sie derzeit nicht zulässig sind – Akteure streben, die für Kanzleien oder im Verbund mit ihnen rechtsmarktbezogene Dienstleistungen anbieten. Eine Gesellschaftsbeteiligung würde ihnen Einflusskanäle eröffnen, die sie als bloßer Kreditgeber oder „Veräußerer“ von Dienstleistungen nicht hätten.

⁵⁸ Vgl. statt vieler Skupin, Rechtsdurchsetzende nichtanwaltliche Dienstleister, 2022, S. 46 f. m.w.N.

⁵⁹ Zur Lage im Vereinigten Königreich insoweit Dahns/Flegler/Nitschke, BRAK-Mitt. 2023, 204 m.w.N.

b) Kritik

Insbesondere seitens der Bundesrechtsanwaltskammer wird allerdings bestritten, dass zur „digitalen Transformation des Anwaltsmarktes“, die nur ein diffuses Konzept darstelle, die Aufnahme externer Kapitalgeber in Kanzleien erforderlich sei. Es seien in ausreichendem Maße Dienstleister am Markt vorhanden, die Dienstleistungen in den Bereichen Digitalisierung und KI im Angebot hätten. Die Entwicklung eigener KI-Tools durch Kanzleien im Verbund mit Legal-Tech-Unternehmen habe geringe Erfolgschancen, da große Unternehmen der digitalen Branche bereits einen uneinholbaren Vorsprung hätten.⁶⁰ Vor allem aber führe eine Fremdbeteiligung zu einer strukturellen Konfliktlage für die an der Gesellschaft beteiligten Rechtsanwälte und gefährde den sicheren und qualitativ hochwertigen Zugang zum Recht und damit den Rechtsstaat. Auch eine Minderheitsbeteiligung könne die Unabhängigkeit der Rechtsanwälte gefährden. Durch entsprechende Ausgestaltung der Satzung sei keine Abschirmung der anwaltlichen Tätigkeit gegen den Einfluss der Kapitalbeteiligten möglich. Insbesondere sei § 51a Abs. 1 GmbHG, der allen Gesellschaftern uneingeschränkte Auskunfts- und Einsichtsrechte gegenüber der Geschäftsleitung gewähre, gemäß § 51a Abs. 3 GmbHG durch Satzung nicht abdingbar.⁶¹ Inwieweit diese Kritik berechtigt ist, soll an späterer Stelle untersucht werden.

2. Trend zu risikoaverm Verhalten

Im Einzelfall kann ein gesteigertes Interesse an der Aufnahme kapitalbeteiligter Gesellschafter auch aus anderen Gründen bestehen als dem der Innovation bzw. Digitalisierung. Untersuchungen⁶² haben gezeigt, dass die Bereitschaft junger Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, als Gesellschafter einer Berufsausübungsgesellschaft ein wirtschaftliches Risiko einzugehen, abgenommen hat und eine Neigung besteht, den Beruf im Angestelltenverhältnis auszuüben. Dieser Vorstellung könnte eine Konstruktion entgegenkommen, welche den Rechtsanwälten eigenen Kapitaleinsatz erspart, was indes damit erkaufte wird, dass sie selbst, wie Associates einer Kanzlei auch sonst, die Beschlüsse der Kanzlei nicht mitbestimmen können.

3. Internationaler Wettbewerb

Da das deutsche Recht reine Kapitalbeteiligungen und andere Formen des Fremdbesitzes untersagt, gibt es hierzulande zwar keine Erfahrungswerte, welche die unter 1. und 2. formulierten Annahmen empirisch untermauern können. Die Befunde aus dem angelsächsischen Raum, wo Kooperations- und Beteiligungsmodelle seit einigen Jahren praktiziert werden, bestätigen jedoch, dass der durch digitale Innovation (und die damit verbundenen Expansionschancen)

⁶⁰ Vgl. BRAK, Stellungnahme Nr. 71, Dezember 2023, Verbändeanhörung des BMJ zu den bestehenden Regelungen der BRAO zum Fremdbesitz, S. 4 f.

⁶¹ BRAK, Stellungnahme Nr. 71, Dezember 2023, Verbändeanhörung des BMJ zu den bestehenden Regelungen der BRAO zum Fremdbesitz, S. 8; Dahns/Flegler/Nitschke, BRAK-Mitt. 2023, 204 (208).

⁶² Kilian, AnwBl 2016, S. 38.

getriebene Kapitalbedarf in den zurückliegenden Jahren wesentliche Treiber der Einrichtung von ABSs und ILPs gewesen sind.⁶³

Dies führt zu der Frage, wie wichtig es für deutsche Kanzleien ist, Kapital am Markt aufzunehmen, um im internationalen Wettbewerb gegen Law Firms aus angelsächsischen Ländern bestehen zu können, die dank der Möglichkeit der (mehr oder minder) reinen Kapitalbeteiligung rasch expandieren und sich neue Dienstleistungsmärkte erschließen können – und wie viele von ihnen auch eine Gesellschaftsbeteiligung des Kapitalgebers in Kauf nehmen, um im internationalen Wettbewerb den Anschluss nicht zu verpassen. Es ist denkbar, dass der Kapitalgeber die Aufnahme in die Gesellschaft zur Voraussetzung seiner Investition macht, die andernfalls ins Vereinigte Königreich fließen würde. Immerhin 18,38% der an einer im Herbst 2023 durchgeführten BMJ-Befragung (dazu sogleich) teilnehmenden Anwälte aus Kanzleien mit mehr als 20 Rechtsanwälten erklärten, eine Lockerung des Fremdbesitzverbots zum Erhalt der (internationalen) Wettbewerbsfähigkeit der Anwaltschaft für erforderlich zu halten.⁶⁴ Degressiv proportional zur Kanzleigröße nimmt dieser Prozentsatz ab. Auch wenn die Frage unspezifisch formuliert ist, deutet die Antwort zumindest auf eine in größeren Kanzleien vorhandene Sorge vor „besser gerüsteten“ ausländischen Rechtsdienstleistern im internationalen Wettbewerb um Mandate.

II. Die Umfrage des Bundesministeriums der Justiz als „Ambivalenzindikator“

Als erste Maßnahme zur Erfüllung des im Koalitionsvertrag enthaltenen Prüfversprechens zum Fremdbesitzverbot führte das Bundesministerium der Justiz (BMJ) im Herbst 2023 eine Umfrage unter Anwältinnen und Anwälten durch, um die Einstellungen der Berufsgruppe zu einer möglichen Lockerung des sog. Fremdbesitzverbots zu ermitteln.⁶⁵ Die Ergebnisse zeigen, wie ambivalent die Einstellung der Rechtsanwaltschaft zur Kapitalbeteiligung in großen Teilen ist: Zwar wird die Notwendigkeit des digitalen Wandels überwiegend nicht bestritten, die Lockerung des Fremdbesitzverbots aus rechtlichen, rechtspolitischen oder Traditionsgründen aber zumeist abgelehnt.

Angesichts der geringen Rücklaufquote ist die Repräsentativität des Umfrageergebnisses begrenzt; es kann lediglich als Ausdruck von Meinungstendenzen angesehen werden. Im Durchschnitt lehnten die an der Umfrage Teilnehmenden eine Lockerung des Verbots mit einer Mehrheit von 62,57% generell ab – wobei im Lichte der zugrunde liegende Fragestellung, in der auch der durch die digitale Transformation gestiegene Finanzbedarf angesprochen wird, uneindeutig bleibt, in welchem Umfang die Ablehnung rechtlich, rechtspolitisch, betriebswirtschaftlich oder

⁶³ Zu ABSs: Strategy& (Hrsg.), UK legal services market report 2022, S. 14, <https://www.pwc.co.uk/industries/assets/uk-legal-services-market-report-2022.pdf>, zuletzt abgerufen: 30.7.2024.

⁶⁴ Umfrage „Partner/in in einer Kanzlei mit mehr als 20 Anwälten, Frage 4, S. 5, https://www.bmj.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Fachinformationen/Umfrage_Fremdbesitzverbot_Auswertung_Anlage_9.pdf?_blob=publicationFile&v=3, zuletzt abgerufen: 30.7.2024.

⁶⁵ Vgl. zuvor bereits die Umfrage zum Fremdbesitzverbot im Rahmen des Berufsbarometers 2011, dazu Kilian, NJW 2011, S. 3413.

mit mangelndem individuellen Bedarf begründet ist.⁶⁶ Dass die Vorbehalte in erheblichem Maße berufsrechtlich begründet sind, kann daraus geschlossen werden, dass auf die Frage „Sehen Sie durch die Aufnahme reiner Kapitalgeber als Gesellschafter (ohne Berufsausübung) Gefahren für die anwaltlichen Kernpflichten (insb. Unabhängigkeit, Verschwiegenheit, Freiheit von Interessenkonflikten)?“ 72,83% mit Ja antworteten und dem Zusatz, dass sich diese Gefahren auch nicht durch gesetzliche Vorgaben hinreichend eindämmen ließen. (24,24% sahen dies – in unterschiedlicher Weise – anders, 6,03% sahen keine Gefahren.)⁶⁷ Mit 72,30% war diese Quote mit Blick auf die (stille) Gewinnbeteiligung fast genauso hoch.⁶⁸ Zugleich bejahte eine deutliche Mehrheit der Teilnehmenden die Frage nach Bedarf an Investitionen in Digitalisierung der Kanzlei, Erwerb von IT-Produkten, Integration von KI-Anwendungen oder (mit geringstem Anteil) Aufbau einer eigenen Legal-Tech-Plattform.⁶⁹ Immerhin 14,05% halten eine Lockerung zum Erhalt der (internationalen) Wettbewerbsfähigkeit für erforderlich (7,23%) oder würden sie als Chance begrüßen (6,82%).⁷⁰ Dieser Anteil steigt proportional zur Größe der Kanzlei und erreicht bei Partnern von Kanzleien mit mehr als 20 Anwälten 31,78%.⁷¹ Auch in dieser Gruppe liegt der Anteil derjenigen, die eine Eindämmung der Gefahren auch durch gesetzliche Vorgaben nicht für zielführend halten, mit 60,19% relativ hoch.⁷²

III. Zwischenergebnis

Die immer stärkere Digitalisierung von Arbeitsvorgängen und – über KI – von Entscheidungsprozessen hat auch die Rechtsdienstleistungen erfasst. Sie kann zu paradigmatischen Änderungen der anwaltlichen Tätigkeit in vielen Bereichen führen. Auf der einen Seite droht eine Entpersonalisierung der Rechtsberatung, wo diese auf eine maschinelle Subsumtion reduziert wird und die KI prognostiziert, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Rechtsbehelf Aussicht auf Erfolg haben wird.⁷³ Auf der anderen Seite bietet Digitalisierung – in all ihren Facetten – eine Chance zu effektiverer und rascherer Bearbeitung von Mandaten bei möglicherweise noch höherer Qualität, was sich (bei gleichbleibenden Gebührensätzen) für Kanzleien in einer verbesserten Ratio von Aufwand und Ertrag niederschlagen wird.⁷⁴ Mit anderen Worten: Von Investitionen in Digitalisierung und KI lässt sich mittelfristig eine Rendite erhoffen.

⁶⁶ BMJ, Gesamtergebnisse, https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Umfrage_Fremdbesitzverbot_Gesamtergebnisse.pdf?__blob=publicationFile&v=3, Frage 4, S. 5, zuletzt abgerufen: 30.7.2024.

⁶⁷ Ebd., Frage 8, S. 9.

⁶⁸ Ebd., Frage 10, S. 11.

⁶⁹ Ebd., Frage 5, S. 6.

⁷⁰ Ebd., Frage 4, S. 5.

⁷¹ BMJ, Umfrage „Partner/in in einer Kanzlei mit mehr als 20 Anwälten“, https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Umfrage_Fremdbesitzverbot_Auswertung_Anlage_9.pdf?__blob=publicationFile&v=3, Frage 4, S. 5, zuletzt abgerufen: 30.7.2024.

⁷² Ebd., Frage 8, S. 9.

⁷³ Dreyer/Schmees, Künstliche Intelligenz als Richter?, Computer und Recht 2019, 758; jedenfalls noch ist die Halluzinationsrate bei juristischen Fragen hoch, dazu Stanford University, PM v. 11.1.2024, <https://hai.stanford.edu/news/hallucinating-law-legal-mistakes-large-language-models-are-pervasive>, zuletzt abgerufen am 30.7.2024.

⁷⁴ Zu Anwendungsmöglichkeiten von KI in Kanzleien Stangl/Salajan, in: Schieblon, Kanzleimanagement in der Praxis, 5. Aufl. 2024, S. 229 (251 ff.).

Es nimmt nicht wunder, dass ein Großteil der an der BMJ-Umfrage teilnehmenden Anwältinnen und Anwälte Interesse bzw. Bedarf an solchen Investitionen bejaht hat. Die Bereitschaft, den mit der Bewältigung des Strukturwandels verbundenen erhöhten Kapitalbedarf (perspektivisch) durch Aufnahme eines Kapitalgebers als Gesellschafter in eine Berufsausübungsgesellschaft/Rechtsanwaltsgesellschaft zu decken bzw. eine solche Möglichkeit qua Gesetz auch nur zuzulassen, ist gleichwohl im Vergleich zu angelsächsischen Ländern gering ausgeprägt. Dies mag u.a. an strukturkonservativen Tendenzen innerhalb der deutschen Rechtsanwaltschaft liegen, der Vergleich mit dem Vereinigten Königreich zeigt aber auch, dass das dortige Verständnis von Rechtsdienstleistungen als im Wettbewerb mit anderen um die maximale Kundenzufriedenheit erbrachte Dienstleistungen nicht ganz korrespondiert mit dem deutschen Konzept als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“, also (obschon Vertragspartner der Mandanten) „Diener“ an einem Gemeinschaftsgut (Art. 20 Abs. 3 GG).⁷⁵

Im Folgenden wird untersucht, inwieweit mit Kapitalbeteiligungen tatsächlich Gefahren verbunden sind, welche gegen sie geäußerte Vorbehalte stichhaltig erscheinen lassen.

IV. Mit Kapitalbeteiligungen assoziierte Risiken und Gefahren

Gegen Kapitalbeteiligungen von Nichtanwältinnen bzw. Nicht-Freiberuflern wird oft vorgebracht, sie gefährdeten die freie Berufsausübung der Rechtsanwälte und damit die Rechtspflege. Oft sind solche Einwände pauschal gefasst und eher apodiktisch begründet. Nicht immer wird unterschieden zwischen Gefahren, die sich aus der Kapitalbeteiligung als solcher, aus der Wahrnehmung der Gesellschafterrechte eines Kapitalbeteiligten oder aus dem unternehmerischen Interesse ergeben, das mit einer Kapitalbeteiligung einhergehen kann, aber nicht muss. Zudem muss bei der Frage nach den Gefahren unterschieden werden zwischen mandatspezifischen Gefahren, die sich verwirklichen, wenn ein Rechtsanwalt das einzelne Mandat nicht mehr autonom und ordnungsgemäß (unabhängig und verschwiegen) wahrnehmen kann, und kanzleispezifischen Gefahren, die sich in einer allgemeinen, unter Umständen diffusen Rücksichtnahme- und Abhängigkeitsbeziehung zum Kapitalgeber manifestieren.

Der Bundesgesetzgeber hat, als er den Kreis der beteiligungsfähigen Berufsträger durch das Neuregelungsgesetz des Jahres 2021⁷⁶ deutlich erweiterte, am Verbot reiner Kapitalbeteiligungen festgehalten. Zur Begründung heißt es, dass die „erhebliche Gefahr einer Abhängigkeit von den Kapitalgebern bestehe“. Dabei sei nicht allein auf das Stimmrecht abzustellen, sondern schlechthin auf die wirtschaftliche Stellung der Kapitalgeber in der Gesellschaft. „[A]uch eine kapitalistische Minderheitsbeteiligung kann in einer Gesellschaft einen erheblichen Einfluss vermitteln. Dies gilt insbesondere in Gesellschaften mit vielen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern, bei denen das Kapital stark verteilt ist. Eine solche Kapitalstruktur ist jedoch gerade

⁷⁵ BVerfGE 15, 226 (234); 34, 293 (302 f.); 63, 266 (282 ff.); 113, 29 (49); Gaier, BRAK-Mitt. 2006, S. 2; ders., BRAK-Mitt. 2012, S. 142 (144).

⁷⁶ BGBl. I, 2021, S. 2363

für Rechtsanwaltskanzleien häufig kennzeichnend.“⁷⁷ Welcher Art dieser „erhebliche Einfluss“ aber ist und in welchen Fällen, aus welchen Gründen und auf welche Weise er dem Interesse an einer ordnungsgemäßen und unabhängigen Berufsausübung widerstreitet, legt der Gesetzgeber nicht dar.

Für das Verbot der Fremdkapitalbeteiligung an Rechtsanwalts- bzw. Berufsausübungsgesellschaften wird vor allem die Notwendigkeit angeführt, die funktionsfähige Rechtspflege zu schützen, die nur bei qualitativ hochwertigen und vor allem in völliger Unabhängigkeit erbrachten Rechtsdienstleistungen gewährleistet sei.⁷⁸ Diese im Interesse der Mandanten bestehende Unabhängigkeit, die Freiheit von Interessenkonflikten gewährleistet, ist vom EuGH auch wiederholt als zwingender Grund des Gemeininteresses bezeichnet worden⁷⁹ und damit als prinzipiell geeignet, Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs und der freien Niederlassung und somit auch der Kapitalbeteiligung an Zusammenschlüssen von Freiberuflern zu rechtfertigen.⁸⁰ Rechtsanwälte sind, wie § 1 BRAO festhält, unabhängige „Organe der Rechtspflege“ oder, wie es der EuGH etwas schlichter formuliert, „Mitgestalter der Rechtspflege“⁸¹; diese Funktion müssten sie unbeeinflusst von Interessen – insbesondere finanziellen Interessen – Dritter ausüben können.

Die Befürchtung, dass das Spektrum der Rechtsdienstleistungen infolge von Kapitalbeteiligungen in einer die Rechtspflege gefährdenden Weise abnehmen könnte, dürfte bei alledem eher fernliegen. Der – indirekte – Einstieg von Finanzinvestoren über MVZ in Arzt- und Zahnarztpraxen hat, soweit ersichtlich, nicht zu einer Ausdünnung des Leistungsangebots geführt. Auch von ABSs aus dem Vereinigten Königreich ist, wie dargelegt, nichts dergleichen bekannt. Eine Verteuerung von Dienstleistungen würde sich, da gerichtliche Dienstleistungen preislich reguliert sind, auf außergerichtliche Dienstleistungen beschränken. Zwar legt die Renditeerwartung des Kapitalgebers eine solche nahe, doch können Synergieeffekte wiederum kostensenkend wirken. Das Gefahrenpotenzial ist also weniger leistungsspezifisch als berufsspezifisch.

1. „Mandatsspezifische“ Gefahren

Eine Gefahr könnte sich ergeben für die Unabhängigkeit bei der Erfüllung des konkreten Mandats. Man könnte diese Gefahren insofern als aufgaben- oder mandatsspezifische betrachten. Der Rechtsanwalt ist, weil ihm die Annahme des Mandats oder eine Beratung in einem bestimmten Sinne verwehrt wird, in der Unabhängigkeit beeinflusst, es werden Informationen wider den Vertraulichkeitsschutz abgerufen etc.

⁷⁷ BT-Drs. 19/27670, S. 175.

⁷⁸ Vgl. nur Dahns/Flegler/Nitschke, BRAK-Mitt. 2023, 204 (206) m.w.N.

⁷⁹ EuGH, Rs. C-3/95 (Reisebüro Broede), ECLI:EU:C:1996:487, Rn. 31 ff.; Rs. C-342/15 (Piringer), ECLI:EU:C:2017:196, Rn. 59.

⁸⁰ Dazu infra F II 3 b dd.

⁸¹ EuGH, Rs. 155/79, AM & S/Kommission, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 24; Rs. -550/07 P, Akzo Nobel, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 42.

Solche Gefahren können bereits gegenwärtig von Mitgesellschaftern ausgehen, insbesondere solchen, die nicht (wie Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer) Verschwiegenheitspflichten unterliegen, aber nach § 59c Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BRAO Berufsausübungsgesellschaften mit Rechtsanwälten bilden können. § 59d Abs. 1 BRAO verpflichtet in diesem Fall auch die nicht-rechtsanwaltlich tätigen Gesellschafter zur Achtung des anwaltlichen Berufsrechts, und § 59d Abs. 2 BRAO verpflichtet sie zur Verschwiegenheit. § 59e Abs. 2 S. 2 BRAO verfügt, dass, wenn in der Berufsausübungsgesellschaft Personen beteiligt sind, die Angehörige eines in § 59c Absatz 1 Satz 1 genannten Berufs sind, durch geeignete gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen sicherzustellen, dass die Berufsausübungsgesellschaft für die Erfüllung der – anwaltlichen – Berufspflichten sorgen kann. Dieses „Sicherungsnetz“ aus Vorschriften gewährleistet in Verbindung mit den Berufspflichten der Rechtsanwälte und der in der Berufsausübungsgesellschaft tätigen anderen Vertretern reglementierter (und regulierter) Freier Berufe, dass die Berufsausübungsgesellschaft nicht im Widerspruch zum anwaltlichen Berufsrecht agiert. Würden reine Kapitalgeber als Gesellschafter einer Berufsausübungsgesellschaft durch Gesetzesänderung zugelassen, könnten diese Vorschriften ihnen gegenüber gleichermaßen Wirkung entfalten. Es ist nicht ersichtlich, warum „Kapitalinteressen“ insoweit gefährlicher sein sollte als „fremde Berufsinteressen“; eher dürfte das Konfliktpotenzial geringer ausfallen, wo ein Gesellschafter nicht am operativen Geschäft beteiligt ist.

Mandatsspezifische Gefahren können von Kapitalgebern als Gesellschaftern nach alledem zwar ausgehen, sind jedoch mit den Instrumenten beherrschbar, welche die BRAO jetzt schon bereitstellt. Ein Verbot lässt sich auf sie nicht gründen.

2. „Kanzleispezifische“ Gefahren

Schwerer fassbar als die mandatsspezifischen sind Gefahren, die hier als kanzleispezifische bezeichnet werden sollen, also mögliche negative Auswirkungen auf die Berufsausübung des einzelnen Rechtsanwalts oder aller in der Gesellschaft zusammengeschlossenen Rechtsanwälte, die strukturelle Unabhängigkeitsverluste erleiden könnten. Diese Auswirkungen scheint auch der EuGH im Blick zu haben, wenn er darauf verweist, dass die Ansicht eines Mitgliedstaats „vertretbar“ sei, dass die Unabhängigkeit einer Gruppe (hier Wissenschaftler in einem Labor) nicht hinreichend wirksam sichergestellt sei, wenn ein fachfremder Kapitalgeber Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaftsorgane nehmen könne.⁸² Wie dieser Einfluss beschaffen ist und warum er die Unabhängigkeit beeinträchtigt, wird nicht dargelegt. Insoweit ist zu differenzieren.

⁸² EuGH, Rs. C-89/09, Kommission/Frankreich, ECLI:EU:C:2010:772, Rn. 86, 88.

a) Kapital „an sich“

Jede vertragliche Verpflichtung dauerhafter Art, die ein Mitglied der Rechtsanwaltschaft eingeht, beeinflusst die unabhängige Berufsausübung, insbesondere wenn sie mit finanziellen Verpflichtungen verbunden ist. Insofern kann dies, wie dargelegt, auch schon für den Zusammenschluss in einer Berufsausübungsgesellschaft gelten, die als Kapitalgesellschaft eine juristische Person mit einem eigenen, von den Interessen der Anteilseigner zu unterscheidenden Unternehmensinteresse ist.⁸³ In dem Maße, wie der einzelne Rechtsanwalt sich der „Vergesellschaftung“ von Entscheidungen unterworfen hat, kann er die „Kanzleipolitik“ inhaltlich wie finanziell nicht mehr allein bestimmen, erweitert aber im Gegenzug das eigene Wirkungsfeld. Die Aufnahme eines Kapitalgebers als ständiges Mitglied in diese Gesellschaft stellt nur eine qualitative Steigerung gegenüber diesen Formen dar, weil sie über die gemeinsame Berufsausübung der Rechtsanwälte hinausreicht: Das Kapital kommt von außerhalb der rechtsanwaltlichen bzw. freiberuflichen Sphäre. Im Schrifttum wird argumentiert, selbst eine (permanente) Kapitalbeteiligung, die nicht mit Mitwirkungsrechten in Gesellschaftsorganen einhergehe, eröffne Raum für sachfremde Einflüsse und sei daher zu Recht ausgeschlossen.⁸⁴ Allein die Tatsache, dass die Rechtsanwalts-gesellschaft bzw. der einzelne Rechtsanwalt in einer finanziellen Abhängigkeit steht, hebt die Drittkapitalbeteiligung aber nicht besonders von anderen Konstellationen ab. Immer bildet Kapitalabhängigkeit und -einfluss in dem Maße, wie sie anwaltliche Entscheidungen bestimmt, eine gewisse strukturelle Gefahr; dies liegt in der Natur der Sache.

b) Mitwirkung des Kapitalbeteiligten als Gesellschafter

Auf einer zweiten Ebene liegt die Frage nach den Gefahren, die von Mitwirkungsrechten ausgehen, die jemand über die (reine) Kapitalbeteiligung erwirbt. Insofern besteht ein Unterschied zwischen der stillen Gesellschaft, die keine Gesellschafterrechte vermittelt und, wie gezeigt, dennoch verboten ist, und der Beteiligung als Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft (GmbH, AG, UG). Wer sich als kapitalgebender Gesellschafter einer Berufsausübungsgesellschaft beteiligt, wird mit seiner Beteiligung in aller Regel das Interesse verbinden, an der „policy“ und fachlichen Ausrichtung der Berufsausübungsgesellschaft mitzuwirken. Dies kann die Tätigkeitsbereiche der Gesellschaft, ggf. solche, die höhere Erträge (auch) für Kapitalbeteiligte verheißen oder innovativer sind, betreffen, oder ihre Kosten-Nutzen-Struktur.

Wie wirkmächtig ein kapitalbeteiligter Gesellschafter, ließe man ihn denn zu, in Berufsausübungsgesellschaften wäre, lässt sich nicht allgemein beantworten, sondern es hängt von der Gesellschaftsform und dem Gesellschaftsanteil ab. Soweit ersichtlich, hat die Einführung von ABSs bzw. ILPs weder im Vereinigten Königreich noch in Australien zur Folge gehabt, dass die Erbringung von Rechtsdienstleistungen sich dem Diktat von Kapitalgebern fügen musste. Dies allein genügt angesichts differenter Rechtsstrukturen und Regulierungsansätze jedoch noch nicht, um zu widerlegen, die in der Kapitalbeteiligung Dritter eine Gefahr für die freie und

⁸³ Vgl. nur Koch, Aktiengesetz, 18. Aufl. 2024, § 76 Rn. 113.

⁸⁴ Vgl. von Wedel, in: Hartung/Scharmer, BORA/FAO, 8. Aufl. 2022, § 59i BRAO Rn. 16 f.

selbstverantwortliche Ausübung des rechtsberatenden Berufs in Deutschland sehen. Insbesondere bei Aktiengesellschaften hat, wer 25%+1 Aktie hält, eine Sperrminorität inne und kann insbes. Änderungen der Satzung (§ 179 AktG), Kapitalerhöhungen sowie -herabsetzungen und genehmigtes Kapital (§§ 182, 202, 222 AktG), ferner den Erlass einer Geschäftsordnung für die Hauptversammlung (§ 129 AktG) torpedieren. Neben Satzungsänderungen, die auch bei der GmbH eine Dreiviertelmehrheit erfordern (§ 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG), dürften vor allem die Mitbestimmung bei der Besetzung des Aufsichtsrates der AG bzw. die Mitwirkung bei der Beschlussfassung der Gesellschaftsversammlung bei der GmbH Vehikel sein, mit denen inhaltlich Einfluss auf das Gesellschaftsgebarren genommen werden kann. Bei einer Mehrheitsbeteiligung des Kapitalgebers würden sich, sofern sie erlaubt wäre, die Fronten umkehren und diese Rechte zum Vehikel der Rechtsanwälte bzw. freiberuflich tätigen Gesellschafter werden, die ihre Sperrminorität, soweit vorhanden, gegen Satzungsänderungen und Veränderungen beim Gesellschaftskapital etc. einsetzen würden. Bleibt die Beteiligung des kapitalgebenden Gesellschafters unterhalb der jeweiligen Schwelle, ist denkbar, dass dieser durch Allianzen mit einzelnen Anwalts-Gesellschaftern, die durch konvergente Interessen, „nudging“ oder Druck entstehen können, das notwendige Stimmgewicht erreicht.

Ob und wie sich diese abstrakt angelegten Gefahren verwirklichen können, ist mangels empirischer Befunde nur schwer zu ermessen. Durch § 59e BRAO würde auch bei Aufnahme eines externen Kapitalgebers verhindert, dass die Gesellschaft sich dem Berufsrecht entziehen und ausschließlich dem Profit verschreiben würde. Die Satzung müsste auch gewährleisten, dass die Rechtsanwälte unabhängig vom Kapitalanteil des Externen in allen genuin ihre Berufsausübung betreffenden Fragen die Mehrheit haben bzw. ausschließlich abstimmungsbefugt sind.

Die Gefahr einer Majorisierung von Rechtsanwälten durch Kapitalbeteiligte, die sich auf ihre freie Berufsausübung störend auswirken kann, besteht dem Grund nach jedenfalls. Sie kann durch satzungsmäßige Regelungen, die auch gesetzlich geboten sind, so weit aufgefangen werden, dass sie insbesondere nicht zur mandatspezifischen Gefahr wird. Angesichts der relativen Seltenheit grundlegender Entscheidungen vor allem in der AG sind Gefahrenmomente vor allem hier die Ausnahme, dann aber lang nachwirkend; im Alltag überwiegen die oben beschriebenen Gefahren des „Kapitals an sich“. Ob die den Kapital-Beteiligungsrechten innewohnende Gefahr ein weitgehendes oder völliges Verbot der Fremdkapitalbeteiligung rechtfertigen kann, wird an späterer Stelle untersucht. Dabei muss Berücksichtigung finden, dass empirische Untersuchungen aus Deutschland nicht vorliegen, dem Verfasser dieser Zeilen das Vorliegen solcher Untersuchungen aus dem anglo-amerikanischen Ausland nicht bekannt ist und selbst dessen Vorliegen für deutsche Rechtsformen nur von begrenztem Aussagewert sein könnte.

c) Unternehmerisches Interesse des Kapitalbeteiligten („anwaltsfremde Einflüsse“)

Der Rechtsstreit, zu dem der AGH Bayern den EuGH um Vorabentscheidung ersuchte⁸⁵, betraf ein auf einem nicht auf dem Rechtsdienstleistungsmarkt, aber einem sachlich benachbarten Markt (Legal Tech) tätiges Unternehmen, das im Synergieinteresse Anteile an einer Berufsausübungsgesellschaft „in sein Portfolio aufnehmen“ oder sie gar mehrheitlich zu übernehmen trachtete. In solchem Fall ist die Kapitalbeteiligung Bestandteil einer unternehmerischen Strategie, die über Gewinnbeteiligung hinausgeht. Der Kapitalgeber nutzt Synergien zwischen dem Rechtsberatungsmarkt (Rechtsanwälte) und dem Dienstleistungsmarkt, auf dem es selbst tätig ist.

Das Argument des „sachwidrigen“ Einflusses – oder nennen wir ihn „anwaltsfremd“ – ist ambivalent. Im Schrifttum wird argumentiert, Zweck der Gesellschaft sei allein die gemeinsame Berufsausübung (§ 59c Abs. 1 S. 1 BRAO). Allerdings erkennt § 59c Abs. 2 S. 2 BRAO die „Ausübung des jeweiligen nichtanwaltlichen Berufs“ der in § 59c Abs. 1 genannten Berufsträger explizit als Unternehmensgegenstand an und eröffnet damit für „anwaltsfremde Einflüsse“ in gewissem Umfang schon de lege lata Raum. Zudem ist die Festlegung des Gesetzes nicht unverrückbar: § 1 Abs. 2 PartGG lässt die gemeinsame Berufsausübung mit einer Vielzahl von Berufen zu, nur weil sie als Freie Berufe gelten; würden andere Berufe ebenfalls zugelassen, bliebe es insoweit bei der gemeinsamen Berufsausübung. Was „sachfremd“ ist, liegt zudem im Auge des Betrachters. Man kann, weil gewerbliche Berufe ein anderes Berufsethos aufweisen als freiberufliche (wobei nicht alle diese Berufe reguliert sind), sie als sachfremd verstehen, man kann aber auch die Kapitalbeteiligung als Chance verstehen, ein gemeinsames Aktionsfeld bei besonderer Sachnähe der wirtschaftlichen Tätigkeit zu eröffnen, die zwischen einem Rechtsanwalt und einem Kunstmaler sicherlich weniger groß sein dürfte als zwischen einem Rechtsanwalt und einem Anbieter von Anwaltssoftware. Überdies fragt sich, ob, wenn der gesellschaftsrechtliche Rahmen, in dem die Berufsausübung erfolgt, der einer (durchaus renditeorientierten) Kapitalgesellschaft ist, das Innehaben eines Gesellschaftsanteils (oder eine Kapitalbeteiligung ohne Beteiligungsrechte) „sachfremd“ genannt werden kann. Und schließlich ist zu fragen, ob der Einfluss eines nicht (mehr) aktiven Anwalts-Gesellschafters sachfremd genannt werden kann, nur weil er lediglich mit einem Kapitalanteil involviert ist – diese Sachfremdheit aber in dem Moment verliert, in dem er wieder – bei gleichbleibendem Gesellschaftsanteil – sporadisch Mandate annimmt. Die Verfechter der These, dass vor sachfremden Einflüssen geschützt werden müsse, neigen dazu, den gesetzlichen Status quo zur Rechtfertigung seiner selbst heranzuziehen.

⁸⁵ EuZW 2023, S. 524 ff.

3. Ergebnis

Wer als Fremder einer Berufsausübungsgesellschaft Kapital gibt, generiert Gefahren für die freie Berufsausübung der darin tätigen Rechtsanwälte. Dies ist auch und insbesondere dann der Fall, wenn das Kapital unmittelbar in Form eines Gesellschaftsanteils eingebracht werden soll. Diese Gefahrenbetrachtung muss jedoch nach Ebenen (Kapital an sich, Mitwirkung, differente Unternehmensinteressen) differenziert vorgenommen werden, und sie muss zwischen Auswirkungen auf die Kanzlei und solchen auf das einzelne Mandat, die sich kaum zeigen oder vermeidbar sind, differenzieren. Die noch vorzunehmende Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Beeinträchtigungen wird vor allem auf der Ebene der Erforderlichkeit und der Proportionalität damit konfrontiert sein, dass aufgrund der Verbotsregelungen belastbare Befunde über die Gefahrenwirkungen fehlen. Daran knüpfen auch die rechtspolitischen Vorschläge am Ende dieses Gutachtens an.

4. Lehren aus dem Beispiel MVZ?

Für die Gefahren von Kapitalbeteiligungen könnten aus Erfahrungen mit Medizinischen Versorgungszentren (MVZ) Schlüsse gezogen werden, wo direkte Kapitalbeteiligungen einem engen Kreis von Nicht-Ärzten gestattet sind, indirekte Kapitalbeteiligungen über Beteiligungen von Krankenhäusern aber praktisch unbegrenzt, mit der Folge, dass Finanzinvestoren zahlreiche Arztpraxen auf diese Weise erworben haben. Die Versorgung mit Gesundheitsdienstleistungen ist – in weitaus stärkerem Maße als der Rechtsdienstleistungsbereich – von Kapitalbedarf geprägt. Mit MVZ hat der Gesetzgeber Strukturen eingeführt, die medizinische Dienstleistungsangebote an einem Ort bündeln, aber für sich genommen ebenfalls hohen Kapitalbedarf haben können.⁸⁶

Der Gesetzgeber lässt zwar die direkte und reine Kapitalbeteiligung an MVZ zu, bindet sie aber an eine Betätigung des Kapitalgebers im medizinischen Bereich. Die zuvor weitere Formulierung des insoweit einschlägigen § 95 SGB V wurde durch Gesetz vom 22.12.2011 strenger gefasst. Seitdem können MVZ „von zugelassenen Ärzten, von zugelassenen Krankenhäusern, von Erbringern nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Absatz 3 [insoweit mit gegenständlicher Begrenzung, Anm.], von anerkannten Praxisnetzen nach § 87b Absatz 2 Satz 3, von gemeinnützigen Trägern, die aufgrund von Zulassung oder Ermächtigung an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen, oder von Kommunen gegründet werden.“ (§ 95 Abs. 1 SGB V). Der Gesetzgeber begründete diesen strengeren Ansatz damit, dass gerade in kapitalintensiven Bereichen der Medizin MVZ immer häufiger von Investoren gegründet würden, „die keinen fachlichen Bezug zur medizinischen Versorgung haben, sondern allein Kapitalinteressen verfolgen“.⁸⁷ Dieser Befund ist insofern erstaunlich, als, wie dargelegt, auch schon nach bis dahin geltendem Recht ein fachlicher Bezug des Investors zur Medizin erforderlich war.

⁸⁶ Kritisch gegenüber MVZ als Schritt zur Aufweichung der Freiberuflichkeit im Kassenarztbereich zuletzt Kaiser, Wandel der Freiberuflichkeit im Kassenarztrecht, 2024, insbes. S. 140 ff.

⁸⁷ BT-Drs. 17/6906, S. 79.

Nichtsdestoweniger gilt, damals wie heute, dass, wer an einem MVZ beteiligt ist (das in den in § 95 Abs. 1 S. 3 SGB V genannten Rechtsformen – die AG ist ausgeschlossen – gegründet werden kann), nicht zwingend auch im MVZ mitzuwirken hat.

Neben der qualifizierten direkten reinen Kapitalbeteiligung existiert auch die nicht qualifizierte mittelbare Kapitalbeteiligung an MVZ, wo Krankenhäuser ihre Träger sind.⁸⁸ An ihr entzündet sich, nachdem der Gesetzgeber die direkte Kapitalbeteiligung immer stärker beschränkt hat, die in der Öffentlichkeit geäußerte Kritik. Von 4944 MVZ im Jahre 2022 hatten 2116 (= 42,79%) Krankenhäuser als Träger.⁸⁹ In absoluten Zahlen hat sich die Zahl solcher Krankenhaus-MVZ seit 2017 (damals waren es 1163⁹⁰) nahezu verdoppelt. Die reine Kapitalbeteiligung an Krankenhausträgersgesellschaften, die auch als AG geführt und auch börsennotiert sein können, ist jedermann gestattet. Dies wird kritisch gesehen, weil MVZ – wenn auch indirekt – wiederum zum Gegenstand reiner Kapitalinteressen werden könnten, welche eine effiziente und erschwingliche Gesundheitsversorgung erschweren könnten.⁹¹ Auch aktuell wird – insbesondere seitens der Bundesärztekammer – politischer Handlungsbedarf zur Begrenzung des Einflusses fachfremder Finanzinvestoren gesehen. Zu den hierzu unterbreiteten rechtspolitischen Vorschlägen gehört u.a. die Untersagung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen durch Novellierung des § 35 SGB V.⁹²

Die Erkenntnisse aus Recht und der Praxis der MVZ lassen sich auf anwaltliche Berufsausübungsgesellschaften allerdings nur sehr bedingt übertragen. MVZ haben als Bestandteil des vertragsärztlichen Systems der Krankenkassen an der sozialstaatlichen Gesundheitsversorgung teil, deren Kapitalbedarf den von Anwaltskanzleien weit übersteigt. Vertragsärztliche Tätigkeit in MVZ und Krankenhäusern ist trotz freiberuflicher Grundlagen keine freiberufliche Tätigkeit im klassischen Sinne mehr.⁹³ Die Abwehr reiner Kapitalinteressen ist vor diesem Hintergrund weniger als Instrument zum Schutz der Freiberuflichkeit denn als ein solches zum Schutz der Sozialversicherungssysteme zu verstehen, zu denen die gesetzliche Krankenversicherung gehört.

Die vorgebrachten Bedenken im Einzelnen auf ihre Tragfähigkeit untersuchen zu wollen, dürfte den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Gleichwohl hält das Recht der MVZ eine wichtige Erkenntnis parat: Auch soweit eine Beschränkung für sich genommen gerechtfertigt sein mag, kann sie rechtlich angreifbar werden, wo vergleichbare Sachverhalte ungleich geregelt werden oder Inkohärenzen im System bestehen. So können MVZ von Ärzten oder von Krankenhäusern betrieben werden, aber nur Letztere haben die Möglichkeit, von Dritten und ggf. auch an der

⁸⁸ Vgl. Kämmerer/Kleiner, MedR 38 (2020), S. 531 (537).

⁸⁹ <https://gesundheitsdaten.kbv.de/cms/html/17021.php>, zuletzt abgerufen: 30.7.2024.

⁹⁰ Ebd.

⁹¹ BT-Drs. 17/6906, S. 70; Kämmerer/Kleiner, MedR 38 (2020), S. 531 (537).

⁹² Die diversen Positionspapiere der Bundesärztekammer sind u.a. unter <https://www.bundesaerztekammer.de/themen/aerzte/gesundheitsversorgung/mvz> abrufbar.

⁹³ auf die Unabhängigkeit der Einzelnen als Wesensmerkmal der Freien Berufe recurrierend BVerfGE 10, 354 (364); en detail Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, insbes. S. 44 ff.

Börse Kapital zu akquirieren. Damit werden niedergelassene Ärzte im MVZ im Vergleich zu Krankenhaus-MVZ benachteiligt.⁹⁴

F. Die Vereinbarkeit des Verbots reiner Kapitalbeteiligungen mit dem Europäischen Unionsrecht

Aufgrund der getroffenen Feststellungen zum Gefahrenpotenzial von Kapitalbeteiligungen kann nunmehr ermessen werden, ob und inwieweit ihr Verbot im Einklang mit dem Europäischen Unionsrecht steht. Wie bereits dargelegt, wird hier nicht untersucht, wie der EuGH in der Rechtssache Halmer entscheiden wird oder müsste, zumal die Rechtslage sich gegenüber dem Vorlagegegenstand verändert hat. Dennoch sollen die Vorlagefragen auf ihre Tauglichkeit als rechtliche Blaupause auch für der hier vorzunehmende Untersuchung überprüft werden.

I. Die Rechtssache Halmer

1. Zu den Vorlagefragen

Der AGH München fragt den EuGH,

- ob die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV) verletzt ist, wenn das Gesetz vorschreibt, dass bei Übertragung eines Gesellschaftsanteils auf eine nach dem Gesetz nicht gesellschafterfähige Person (2.1.1) oder eine zwar gesellschafterfähige, aber in ihr nicht beruflich tätige Person (2.2.2) die Zulassung zu entziehen ist (2.1.2), desgleichen, wenn durch die Übertragung von Anteilen oder Stimmrechten die vorgeschriebene Mehrheit von Rechtsanwälten nicht mehr besteht (2.1.3);
- ob es die Kapitalverkehrsfreiheit verletzt, wenn eine nach 2.1.1 nicht gesellschafterfähige Person nach dem Gesetz kein Stimmrecht erhält, obwohl die Satzung die Unabhängigkeit der anwaltlichen Berufsträger durch entsprechende Klauseln (wie Weisungsverbote und Verschwiegenheitsregelungen) schützt (2.2);
- ob die genannten Beschränkungen zulässige Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 15 Abs. 3 lit. a-c der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG (DLRL) darstellen (2.3);
- hilfsweise, wenn der Kapitalverkehr nicht betroffen ist und kein Verstoß gegen die DLRL vorliegt, ob die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) der österreichischen GmbH im Ausgangsfall verletzt ist (2.4).

Während die Vorlagefragen zu Art.63 Abs. 1 AEUV schlüssig erscheinen, geben die Fragen zur DLRL und zur Niederlassungsfreiheit gewisse Rätsel auf. Der grenzüberschreitende Bezug der Dienstleistungsfreiheit ist insofern ausgeprägter als bei den anderen Grundfreiheiten, als eine Grenzüberschreitung – des Dienstleistungserbringers, des Dienstleistungsempfängers oder der Dienstleistung selbst – erfolgt und durch die Maßnahme beschränkt wird. Dass eine UG die

⁹⁴ Kämmerer/Kleiner, MedR 38 (2020), S. 531 (532 f., 537).

Zulassung zur Anwaltschaft verliert (und damit die Möglichkeit, im Inland und potenziell auch im Ausland dienstleistend tätig zu sein), betrifft die Dienstleistungsfreiheit aber allenfalls als Rechtsreflex. Der BayAGH fragt in seinem Vorlagebeschluss (Frage 2.3) nach der Vereinbarkeit des deutschen Rechts mit Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG), konkret: mit den Art. 15 Abs. 3 lit. a-c dieser Richtlinie. Dies dürfte eine *Falsa demonstratio* sein, die – zumal die entscheidende Norm ausdrücklich genannt ist – durch Auslegung berichtigt werden kann. Denn Art. 15 betrifft nicht die Dienstleistungs-, sondern die Niederlassungsfreiheit, wie sich klar aus der Überschrift des Kapitels III der Richtlinie ergibt. Zudem ist nicht ersichtlich, unter welchem Gesichtspunkt die Freiheit des – stets grenzüberschreitenden – Dienstleistungsverkehrs betroffen sein sollte, wenn ein ausländischer Investor gehindert wird, Anteile an einer grundsätzlich im Inland ihre Dienste anbietenden Berufsausübungsgesellschaft zu erwerben. Überdies ist die Anwendung der Bestimmungen der DLRL über die Dienstleistungsfreiheit durch deren Art. 17 Nr. 4 ausgeschlossen. Einschlägig ist vielmehr die Niederlassungsfreiheit, mit Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie als *Lex specialis*.⁹⁵

Ist aber die Niederlassungsfreiheit auf sekundärrechtlicher Ebene Prüfungsmaßstab, kann die in Frage 2.4 anklingende Ansicht, dass die (primärrechtliche) Niederlassungsfreiheit zwingend nachrangig gegenüber der Kapitalverkehrsfreiheit sei, nicht überzeugen. Eine Subsidiarität ergibt sich weder aus dem Vertragstext noch aus der Sache; auch die Kasuistik des EuGH deutet – jedenfalls für Direktinvestitionen – eher in Richtung Idealkonkurrenz.⁹⁶ Soweit die Beteiligung an der Berufsausübungsgesellschaft ohne berufliche Mitwirkung in Rede steht, tritt entgegen der vom Generalanwalt vertretenen Ansicht die Kapitalverkehrsfreiheit auch nicht hinter die Niederlassungsfreiheit zurück. So oder so: Frage 2.4 hätte nicht als Hilfsfrage gefasst werden sollen, um sicherzugehen, dass der EuGH sie auch beantwortet.

Dass der AGH sich in seinen Vorlagefragen allein auf die alte Rechtslage bezieht, ist schlüssig – handelt es sich doch um die streitentscheidenden Normen –, wenn auch nur auf den ersten Blick. Zum Zeitpunkt der Vorlageentscheidung befanden diese sich aber schon nicht mehr in Kraft. Die Rechtsanwaltsgesellschaft hätte auch eine beliebige Berufsausübungsgesellschaft mit Beteiligung von Rechtsanwälten sein können, weil das Reformgesetz diese Möglichkeit ebenso eröffnete wie die Beteiligung all jener Berufe, die auch an einer PartG teilhaben dürfen. Der AGH weist in seiner Begründung auf diese Neuerungen hin und merkt an, der Kreis der Personen, die sich an einer Berufsausübungsgesellschaft nunmehr beteiligen können, sei „sehr heterogen“ geworden.⁹⁷ In der Formulierung der Vorlagefragen spiegeln sich diese Rechtsänderungen aber nicht wider. Der AGH bleibt insoweit hinter den Möglichkeiten zurück, die Art. 267 Abs. 1 AEUV ihm einräumt, denn die Entscheidungserheblichkeit der vom EuGH mit der Vorlagefrage begehrten Antwort prüft der Gerichtshof grundsätzlich – bis auf

⁹⁵ Streinz/Leible, in: Schlachter/Ohler, Europäische DLRL, 2008, Einleitung Rn. 85 ff.

⁹⁶ EuGH, Rs. C-251/98, Baars, ECLI:EU:C:2000:205, Rn. 20 ff; Rs. C-483/99, Kommission/Frankreich, ECLI:EU:C:2002:327; Rs. C-503/99, Kommission/Belgien, ECLI:EU:C:2002:328; Rs. C-367/98, Kommission/Portugal, ECLI:EU:C:2002:326; Die Rechtsprechung des EuGH nachzeichnend Ukrow/Ress, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 81. EL Januar 2024, Art. 63 AEUV Rn. 381 ff.

⁹⁷ EuZW 2023, S. 524, Rn. 57 f.

Missbrauchsfälle – nicht.⁹⁸ Da die Vorlagefrage nicht auf Kassation oder Feststellung der Rechtswidrigkeit einer gesetzlichen Norm gerichtet ist, hätte der AGH seine Vorlagefrage ganz – oder zumindest auch – auf die neue Rechtslage beziehen können, umso mehr, als er selbst durchblicken lässt, dass diese die von ihm attestierten Inkohärenzen noch verstärkt.

2. Zu den Schlussanträgen des Generalanwalts vom 4. Juli 2024

In seinen am 4. Juli 2024 veröffentlichten Schlussanträgen⁹⁹ legte Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona Folgendes dar: Eine etwaige Beeinträchtigung des freien Kapitalverkehrs sei nur ein nachrangiger Nebeneffekt einer Regelung, die vorrangig einen anderen Zweck, nämlich die Regelung der Niederlassung von Wirtschaftsteilnehmern, verfolge, weswegen eine eigenständige Prüfung an Art. 63 AEUV nicht erforderlich sei.¹⁰⁰ Was die Niederlassungsfreiheit betreffe, sei die Dienstleistungsrichtlinie gegenüber Art. 49 AEUV als *Lex specialis* vorrangiger Prüfungsmaßstab, Art. 15 Abs. 3 lit. c finde Anwendung.¹⁰¹ Als in der Judikatur des EuGH anerkannte¹⁰² zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die eine – hier vorliegende – Beschränkung der freien Niederlassung potenziell rechtfertigen könnten, kämen die Unabhängigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, die geordnete Rechtspflege, die Wahrung des Transparenzgebots, der Schutz des Berufsgeheimnisses und der Schutz der Verbraucher bei Rechtsdienstleistungen in Betracht.¹⁰³ Beanstandet wird jedoch Inkohärenz der bis 2022 geltenden Regelung unter dem Gesichtspunkt, dass nur bestimmte vergleichbare Berufe zur Beteiligung an Rechtsanwaltsgesellschaften zugelassen waren, andere (wie Ingenieure, Architekten, Wirtschaftswissenschaftler und Psychologen), die ebenfalls der Aufsicht einer Kammer und Standesregeln unterliegen, aber nicht. Der Generalanwalt führt dabei die Neufassung des § 59c Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BRAO als Bestätigung des Inkohärenz-Befunds zur vorherigen Regelung an.¹⁰⁴ Auf dieser Grundlage bewertet er sodann das Erfordernis der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit in der Rechtsanwalts-gesellschaft. Sie konkretisiere die erste Beschränkung, ohne dass die Inkohärenz beseitigt würde.¹⁰⁵ Da kein Mindestmaß an tatsächlicher Betätigung vorgegeben sei und die Vorgabe von der Kammer auch nicht kontrolliert werde, bestünden „berechtigte Zweifel, ob sie *tatsächlich* geeignet ist, die mit ihr (vermeintlich) verfolgten Ziele zu erreichen.“¹⁰⁶ Schließlich äußert sich der Generalanwalt noch – obwohl es nicht unmittelbar Gegenstand einer Vorlagefrage war – im Zusammenhang mit den Kohärenzanforderungen zur früheren Regelung des § 59e Abs. 2 BRAO, der eine Stimmenmehrheit der Rechtsanwälte in der Rechtsanwalts-gesellschaft forderte, und weist darauf hin, dass Entscheidungen der Gesellschaftsorgane nach Einschätzungen

⁹⁸ Grundlegend EuGH, Rs. C-6/64, Costa/ENEL, S. 1268 f.; markant EuGH, Rs. C-621/18, ECLI:EU:2018:999, Rn. 30 – Wightman et al.; Kämmerer, NvWZ 2019, S. 129.

⁹⁹ ECLI:EU:C:2024:581.

¹⁰⁰ Schlussanträge, Nr. 43 f.

¹⁰¹ Schlussanträge, Nr. 47, 60 ff.

¹⁰² EuGH, Rs. C-3/95, Reisebüro Broede, ECLI:EU:C:1996:487, Rn. 31 ff; Rs. C-342/15, Piringier, ECLI:EU:C:2017:196, Rn. 59.

¹⁰³ Schlussanträge, Nr. 64 ff.

¹⁰⁴ Schlussanträge, Nr. 82 f., 84.

¹⁰⁵ Schlussanträge, Nr. 89.

¹⁰⁶ Schlussanträge, Nr. 88 (Hervorhebung im Originaltext).

des EuGH¹⁰⁷ auch schon bei einem Gesellschaftsanteil der Minderheitsgesellschafter von weniger als 25% beeinflusst werden könnten, wohingegen die BRAO in ihrer früheren Fassung bereits einen Anteil von 49% zuließ, es also ausreiche, dass Rechtsanwälte mit einem Stimmanteil von 2% auf die Seite der Nichtanwälte gezogen würden, um die Rechtsanwälte in die Minderheitsposition zu befördern.¹⁰⁸ „Ich bin der Ansicht“, so der Generalanwalt, „dass die Kohärenz des Systems eher dafürspricht, die vorbeugenden Maßnahmen zu verstärken, die von vornherein unmittelbare oder mittelbare Angriffe auf die Unabhängigkeit der Rechtsanwälte verhindern, und zwar unabhängig vom Prozentsatz der Stimmrechte, die von Angehörigen anderer Berufe gehalten werden.“ Es sei Sache des nationalen Gesetzgebers, Lösungen zu finden, um zu verhindern, dass berufsfremde Investoren die Entscheidungen der Rechtsanwaltsgesellschaft unmittelbar oder mittelbar beeinflussen könnten.¹⁰⁹

3. Relevanz der bevorstehenden Entscheidung des EuGH für die neue Rechtslage

Da der EuGH grundsätzlich nur die ihm unterbreiteten Fragen beantwortet, ohne den Kontext auszuleuchten und Obiter Dicta anzubringen, ist nicht ausgeschlossen, dass die von ihm am Ende gelieferten Antworten, weil auf die vergangene Rechtslage bezogen, keine hinreichende Klarheit darüber bringen, wie die neue Rechtslage unter unionsrechtlichem Vorzeichen zu bewerten ist. Attestiert der EuGH bereits den BRAO-Bestimmungen der alten Fassung Inkohärenz, muss dies nicht zwingend bedeuten, dass dieser Befund auch für die seit 2022 geltende Fassung gilt. So hat, wie dargelegt, der Generalanwalt die Inkohärenz der früheren gesetzlichen Rechtslage gerade damit begründet, dass der Gesetzgeber das Spektrum der „vereinbaren“ Berufe erweitert hat¹¹⁰ - was man so deuten muss, dass er die Neuregelung zumindest unter dem Gesichtspunkt der Beteiligung nicht für inkohärent erachtet.

Eine von der Beteiligung anderer Berufsträger zu trennende Frage ist die nach der Kohärenz- (oder auch Gleichheits-)Konformität bei der Kapitalbeteiligung, deren Regelungen der Generalanwalt (für die frühere Rechtslage) nur knapp als ungeeignet ansieht. Die Erweiterung des Spektrums potenzieller Gesellschafter durch die Neufassung des § 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BRAO eröffnet im Verbund mit dem Abschied vom Erfordernis der anwaltlichen Anteilsmehrheit (und dem Übergang zur interprofessionell-denominationsfreien Berufsausübungsgesellschaft) mehr Angriffspunkte und Reibungsflächen und macht es damit auch schwerer, den Anforderungen des Unionsrechts zu genügen.

Angesichts der nicht durchweg zielführenden Formulierung der Vorlagefragen – die der Generalanwalt auch nicht zielgenau beantwortet – und ihres Bezugs auf eine nicht mehr aktuelle Rechtslage soll die gutachtliche Stellungnahme hier auch nicht dazu erfolgen, wie der EuGH die ihm gestellten Fragen beantworten müsste. Vielmehr gilt sie der Frage, ob Verbote der

¹⁰⁷ So EuGH, Rs. C-89/09, Kommission/Frankreich, ECLI:EU:C:2010:772, Rn. 86; ferner Rs. C-297/16, CMVRO, ECLI:EU:C:2018:141, Rn. 86.

¹⁰⁸ Schlussanträge, Nr. 94 f.

¹⁰⁹ Schlussanträge, Nr. 97 (wörtliches Zitat), 100.

¹¹⁰ Schlussanträge, Rn. 84.

Fremdkapitalbeteiligung, wie sie sich aus der aktuellen Fassung der §§ 59b ff. BRAO ergeben, mit Maßstäben des Unionsrechts – deren Einschlägigkeit zuvor festzustellen sein wird – vereinbar sind oder nicht. Im Fokus stehen Rechtsanwaltsgesellschaften, die nach neuem Recht allerdings nur noch eine spezielle Ausprägung der Berufsausübungsgesellschaft darstellen (§§ 59c, 59p BRAO).

II. Vereinbarkeit des Verbots reiner Kapitalbeteiligungen (aktuelle Fassung der BRAO) mit Unionsrecht

1. Prüfungsmaßstab Unionsprimärrecht: Kapitalverkehrsfreiheit und Niederlassungsfreiheit

Fremdbeteiligungsverbote tangieren die Grundfreiheiten des AEUV, soweit die Fremdbeteiligung einen „grenzüberschreitenden Bezug“ aufweist. Dieser ist typischerweise dadurch gekennzeichnet, dass ein im Ausland ansässiger Investor eine Beteiligung an einer inländischen Berufsausübungsgesellschaft erworben hat oder zu erwerben beabsichtigt. Bei diesem Investor kann es sich um eine natürliche Person oder eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats (das nicht zwingend das Recht des Sitzstaats sein muss) gegründete Gesellschaft bzw. juristische Person handeln (vgl. Art. 54 AEUV).

Die Anwendbarkeit der einzelnen Grundfreiheiten und ihr Verhältnis zueinander in Fällen grenzüberschreitender Investitionen sind umstritten. Die Judikatur des EuGH liefert kein klares Bild, sondern zeichnet sich durch Kasuistik aus.¹¹¹ Als ungefähre Grundlinie ist jedoch erkennbar, dass Direktinvestitionen, bei denen nicht nur einzelne Unternehmensanteile erworben, sondern wesentlicher Einfluss auf das Unternehmen, nicht nur durch die Kapitalverkehrsfreiheit, sondern auch durch die Niederlassungsfreiheit geschützt sind.¹¹² Art. 49 Abs. 2 AEUV verbürgt das Recht zur Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften, das das Recht einschließen muss, bereits gegründete Unternehmen oder wesentliche Teile von ihnen zu erwerben.¹¹³ Gesellschaften sind sowohl Personen- als auch Kapitalgesellschaften (Art. 54 Abs. 2 AEUV), wobei Letztere (jedenfalls die Aktiengesellschaften) eine von ihren Gründern bzw. Inhabern abstrahierte Unternehmensleitung aufweisen. Insofern kann Art. 49 Abs. 2 AEUV nicht zwingend fordern, dass Unternehmensgründer oder -erwerber, um in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen zu können, auch in der Gesellschaft, an der sie beteiligt sind, persönlich aktiv sind. Für eine Vielzahl von Fällen führt dies, wie bereits dargelegt, zu einer Idealkonkurrenz von Kapitalverkehrsfreiheit und Niederlassungsfreiheit. Dies gilt

¹¹¹ Statt vieler Ukrow/Ress, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 81. EL 2024, Art. 63 AEUV Rn. 383; von Brocke, in: Wachter, FS Spiegelberger, 2009, S. 1671.

¹¹² Etwa EuGH, Rs. C-251/98, Rn. 22 – Baars; Rs. C-464/14, ECLI:EU:C:2016:896, Rn. 32 – SECIL; Rs. C-685/16, ECLI:EU:C:2018:743, Rn. 34 – EV; die Einschätzung teilen Ukrow/Ress, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 81. EL 2024, Art. 63 AEUV Rn. 391; a.A. Wendland, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht zugleich Band 4 der Enzyklopädie Europarecht, § 3 Rn. 128, der stets exklusive Anwendbarkeit einer der Grundfreiheiten annimmt und die EuGH-Rechtsprechung dementsprechend deutet.

¹¹³ Zu diesem Grundgedanken und der beschränkenden EuGH-Rechtsprechung Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht. 7. Aufl. 2015, Art. 49 AEUV Rn. 23, 25, 31 m.w.N.

jedenfalls für Direktinvestitionen, wozu eindeutig auch die Übernahme der Anteilmehrheit an einer Rechtsanwaltsgesellschaft zählt.

Der Generalanwalt hat, ohne Art. 63 Abs. 1 AEUV als Maßstab auszuschließen, eine eigenständige Prüfung dieser Grundfreiheit für nicht erforderlich erachtet, da jedenfalls die Niederlassungsfreiheit – vorrangig – betroffen sei.¹¹⁴ Die Frage, ob Art. 49 und 63 AEUV in Idealkonkurrenz stehen oder ob Art. 63 Abs. 1 AEUV verdrängt wird, dürfte sich aufgrund der Identität der Rechtfertigungsprüfung auf das Prüfungsergebnis nicht auswirken, solange, wie hier, kein Drittstaatsbezug vorliegt (denn Art. 63 ist, anders als andere Grundfreiheiten, auch dann anwendbar)¹¹⁵. Allerdings dürfte allein Art. 63 Abs. 1 AEUV und nicht die Niederlassungsfreiheit Prüfungsmaßstab sein, wo die Kapitalbeteiligung zu niedrig ist, um in der Gesellschaft einen beherrschenden Einfluss auszuüben, was bei deutschen Kapitalgesellschaften typischerweise bei einer Beteiligung unter 25% der Fall sein wird.¹¹⁶ Hätte die österreichische Gesellschaft sich also nur mit 10 oder 15% am Kapital der deutschen UG beteiligt, wäre Art. 63 Abs. 1 AEUV der alleinige Prüfungsmaßstab.

2. Dienstleistungsrichtlinie als Prüfungsmaßstab

a) Beschränkung der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen als zu prüfende Anforderung an die freie Niederlassung im sekundärrechtlichen Sinn gem. Art. 15 Abs. 2 lit. c, Abs. 3 DLRL

Die primärrechtlichen Grundfreiheiten treten zwar nicht in ihrer Geltung, aber als Prüfungsmaßstab in dem Maße zurück, wie Sekundärrecht, das zu ihrer Ausformung und Konkretisierung erlassen worden ist, sie konkretisieren und u.U. noch dezidiierter auf Öffnung hinwirkt.¹¹⁷ Zu diesen sekundärrechtlichen Bestimmungen zählt insbesondere die Dienstleistungsrichtlinie (DLRL) von 2006, welche nicht nur die Dienstleistungsfreiheit, sondern auch die Niederlassungsfreiheit konkretisiert. Für jede dieser Grundfreiheiten werden inoffiziell als „Schwarze Listen“ bekannte absolut verbotene Beschränkungen aufgeführt (Art. 15 bzw. 16 Abs. 2 DLRL). Sonstige Beschränkungen sind, wenn sie die Niederlassungsfreiheit betreffen, unter den in Art. 15 DLRL bestimmten Voraussetzungen erlaubt.¹¹⁸

Wie bereits dargelegt, berühren Verbote der Beteiligung als Gesellschafter an einer Rechtsanwalts- bzw. Berufsausübungsgesellschaft, soweit sie im europäischen Ausland ansässige Personen betreffen, auch die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV. Konsequenterweise wird man auch den Anwendungsbereich des Art. 15 DLRL für eröffnet erachten, der aber mit seinen Verhältnismäßigkeitsanforderungen in der Sache über das Primärrecht nicht hinauszugehen

¹¹⁴ Schlussanträge, Rn. 42-44.

¹¹⁵ Statt vieler Glaesner, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 63 AEUV Rn. 1 f.

¹¹⁶ Arg. e contrario aus EuGH, Rs. C-81/09, Idryma Typou, EU:C:2010:622, Rn. 51, zit. von Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona in Fn. 11 der Schlussanträge.

¹¹⁷ Dazu Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 151; in Bezug auf die Dienstleistungsrichtlinie Streinz/Leible, in: Schlachter/Ohler, Europäische DLRL, 2008, Einleitung Rn. 85 ff.

¹¹⁸ Zu den Anforderungen von Art. 15 Abs. 2 DLRL im Allgemeinen Cornils, in: Schlachter/Ohler, Europäische DLRL, 2008, Art. 15 Rn. 7 ff; zu Teilaspekten etwa Kämmerer, NJW-Beil. 2010, S. 105 (107 f.); Roth, VuR, S. 161 (169).

scheint. Was unter Art. 49 AEUV erlaubt ist, kann also – wie es scheint – unter Art. 15 DLRL nicht verboten sein. Tatsächlich aber kann es solche Fälle geben, denn der Anwendungsbereich der DLRL ist im Bereich der Niederlassungsfreiheit insoweit weiter als der des Art. 49 AEUV, als auch reine Inlandsfälle von ihm erfasst sind. Dies leiten EuGH und h.M. daraus ab, dass Art. 14 DLRL insoweit nur von der „Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit in ihrem Hoheitsgebiet“ spricht, auf das Kriterium „eines anderen Mitgliedstaats“ (Art. 49 Abs. 1 AEUV) aber verzichtet.¹¹⁹ Daraus ergibt sich, dass Art. 15 DLRL keinen grenzüberschreitenden Bezug fordert, sondern auch dann Anwendung finden kann, wenn jemand als inländischer Berufsträger an einer Berufsausübungsgesellschaft im Inland beteiligen will. Ob eine reine Kapitalbeteiligung, die in grenzüberschreitenden Konstellationen unter Art. 49 Abs. 1 AEUV fallen würde, auch eine „Aufnahme einer Dienstleistungstätigkeit“ durch den Kapitalbeteiligten im Sinne der DLRL darstellt, ist, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden worden, die Frage bedarf hier allerdings auch keiner Beantwortung. Aus den Betrachtungen zur Abgrenzung von Kapitalverkehrsfreiheit und Niederlassungsfreiheit ergibt sich allerdings, dass der Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie nicht eröffnet ist, wo primärrechtlich nur Art. 63 Abs. 1 AEUV zur Anwendung kommt.

Da die Berufsausübungsgesellschaft selbst aber eine Dienstleistungstätigkeit ausübt und daran gehindert wird, soweit sie den Widerruf ihrer Zulassung infolge unzulässiger Gesellschafterbeteiligungen gewärtigen muss, finden aber jedenfalls auf sie Art. 14, 15 DLRL Anwendung – wobei es keine Rolle spielt, ob die Niederlassung vom Ausland her erfolgt oder nicht. Art. 15 Abs. 2 DLRL verpflichtet die Mitgliedstaaten, Anforderungen auf ihre Verhältnismäßigkeit (Art. 15 Abs. 3 DLRL) zu prüfen. Darunter fallen gemäß Abs. 2 lit. c „Anforderungen im Hinblick auf die Beteiligungen am Gesellschaftsvermögen“. Die Dienstleistungsrichtlinie sieht darin also, ohne zu spezifizieren, unter welchen Voraussetzungen dies anzunehmen ist, eine potenzielle Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Insofern können Fremdbeteiligungsverbote an dieser Vorschrift vollinhaltlich geprüft werden.¹²⁰

b) Ergänzende Heranziehung des Art. 25 DLRL (multidisziplinäre Tätigkeiten)

Eine im Zusammenhang mit Beteiligungen an Berufsausübungsgesellschaften ebenfalls potenziell bedeutsame Bestimmung der Dienstleistungsrichtlinie ist Art. 25 (multidisziplinäre Tätigkeiten). Auch diese Vorschrift ist als Konkretisierung und – weil sie wie Art. 9 ff. keinen grenzüberschreitenden Bezug erfordert – Erweiterung des Art. 49¹²¹, aber auch des Art. 56 AEUV zu verstehen. Soweit das Verbot des Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 DLRL – Dienstleistungserbringer

¹¹⁹ EuGH, C-360/15 u. C-31/16, X u. Visser, ECLI:EU:C:2018:44, Rn. 99 ff.; C-377/17, Kommission/Deutschland („HOAI“), ECLI:EU:C:2019:562, Rn. 57 f; Handbuch der Dienststellen der Kommission zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie von 2007, Kap. 6, S. 28; Holoubek, in: Schwarze, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2019, Art. 56, 57 AEUV, Rn 135; Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 127; a.A. Kainer, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 49 AEUV, Rn. 11. Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 49 AEUV, Rn 20; Hatje, in: Wachter/Burger, Die Dienstleistungsrichtlinie, 2008, S. 65.

¹²⁰ Vgl. auch schon Cornils, in: Schlachter/Ohler, Europäische DLRL, 2008, Art. 15 Rn. 15.

¹²¹ Vgl. Kämmerer, DStR-Beih. 2015, 33 (40).

keinen Anforderungen zu unterwerfen, die die partnerschaftliche Ausübung unterschiedlicher Tätigkeiten beschränken –, darf Multidisziplinarität der Zulässigkeit einer Niederlassung nicht entgegenstehen.¹²²

Der Vorlagebeschluss des AGH Bayern nimmt auf Art. 25 DLRL nicht Bezug, weil im Ausgangsfall nur die reine Kapitalbeteiligung zur Diskussion stand, wohingegen Art. 25 Abs. 1 DLRL sich auf die gemeinsame Berufsausübung von Angehörigen unterschiedlicher Berufe bezieht. Auch diese geht, wo sie in einer Berufsausübungsgesellschaft erfolgt, mit Kapitalbeteiligungen einher, und wie zwischen dieser und einer aktiven Mitwirkung kann der Übergang ein fließender sein. § 59c BRAO statuiert nicht nur ein Verbot reiner Kapitalbeteiligungen an Berufsausübungsgesellschaften, sondern beschränkt, indem er die aktive Mitwirkung anderer als der in § 1 Abs. 2 PartGG aufgeführten Berufsträger an Berufsausübungsgesellschaften verbietet, auch multidisziplinäre Verbindungen.

Die Zulässigkeit multidisziplinärer Tätigkeiten und ihre Grenzen sollen nicht im Zentrum dieser auf Kapitalbeteiligungen bezogenen Betrachtung stehen. Als Referenzrahmen kann Art. 25 Abs. 1 DLRL jedoch in dem Maße Bedeutung erlangen, als er im Grundsatz die u.a. in Art. 15 DLRL verankerte Aussage bekräftigt, dass das Verbot einer beruflichen Zusammenarbeit von Mitgliedern unterschiedlicher Berufe die Grundfreiheiten, hier die Niederlassungsfreiheit, beeinträchtigt – was angesichts des fließenden Übergangs zur Kapitalbeteiligung auch für das Zusammenwirken mit Kapitalgebern gelten kann. Eine gewisse Aussagekraft könnte darüber hinaus – auf Rechtfertigungsebene – Art. 25 Abs. 2 DLRL bei der Beantwortung der Frage zukommen, ob Beschränkungen wie in § 59c und § 59i Abs. 2, 3 BRAO von einem wichtigen Grund des Allgemeininteresses getragen sind (denn Art. 25 Abs. 2 DLRL führt einen dieser Gründe auf) und ob die von Art. 15 Abs. 3 DLRL geforderte Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.¹²³

2. Explizite Gestattung der Beschränkungen durch die RL 98/5/EG?

Deutschland könnte sich zur Rechtfertigung der mit den BRAO-Bestimmungen einhergehenden Grundfreiheitsbeschränkungen auf ihre Anerkennung durch eine andere unionsrechtliche Regelung berufen. So verfügt Art. 11 Abs. 5

„Abweichend von den Nummern 1 bis 4 kann der Aufnahmestaat in jenem Ausmaß, in dem er Rechtsanwälten, die unter ihrer jeweiligen Berufsbezeichnung tätig sind, die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einer Gruppe untersagt, der standesfremde Personen angehören, einem unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung eingetragenen Rechtsanwalt das Recht verweigern, sich im Aufnahmestaat als Mitglied seiner Gruppe zu betätigen. Eine Gruppe gilt als Gruppe, der standesfremde Personen angehören, wenn Personen, die nicht die Qualifikation eines Rechtsanwalts gemäß Artikel 1 Absatz 2 besitzen,

¹²² Schmidt-Kessel, in: Schlachter/Ohler, Europäische DLRL, 2008, Art. 25 Rn. 4.

¹²³ Cornils, in: Schlachter/Ohler, Europäische DLRL, 2008, Art. 15 Rn. 16.

- ganz oder teilweise das Kapital dieser Gruppe halten oder
- die Bezeichnung, unter der die Gruppe tätig ist, benutzen oder
- de facto oder de iure die Entscheidungsbefugnis darin ausüben.

Sind die für eine solche Gruppe von Rechtsanwälten im Herkunftsstaat geltenden grundlegenden Regeln entweder mit denen des Aufnahmestaats oder mit Unterabsatz 1 unvereinbar, so kann der Aufnahmestaat ohne die Einschränkungen nach Nummer 1 die Eröffnung einer Zweigstelle oder Niederlassung auf seinem Hoheitsgebiet ablehnen.“

Auf den ersten Blick scheint das Unionsrecht damit Verbote der gemeinsamen Berufsausübung von Rechtsanwälten mit Vertretern anderer Berufe mit Herkunft aus einem anderen Mitgliedstaat unter der Voraussetzung zu billigen, dass die Beschränkung nichtdiskriminierend wirkt, in gleicher Weise also auch für eigene Staatsangehörige gilt.

Art. 11 der Richtlinie regelt allerdings nur die Gleichbehandlung im Rahmen des grenzüberschreitenden Berufszugangs. Die Zulässigkeit von Beschränkungen beruflicher Zusammenarbeit von und mit Rechtsanwälten ist nicht Gegenstand der Richtlinie. Ihr Art. 11 Abs. 5 S. 1 knüpft nur an ihr tatsächliches Vorliegen (im Sinne des Bewusstseins von einer rechtlich möglichen Ausgestaltungsvariante) an, ohne auf die Restriktionen legitimierende Gründe einzugehen. Insofern kann in Art. 11 Abs. 5 der Richtlinie kein Persilschein für §§ 59b, 59c BRAO gesehen werden.

3. Rechtfertigung

a) Zwingende Gründe des Gemeinwohls: Gefahren durch Kapitalbeteiligung

Beschränkungen aller Grundfreiheiten lassen sich nach ständiger Rechtsprechung des EuGH durch zwingende Gründe (des Gemeinwohls bzw. Gemeininteresses) rechtfertigen. Diese Gründe schließen jene ein, welche bereits im Vertragstext aufgeführt sind, wie (für die Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit gleichermaßen) öffentliche Sicherheit und Ordnung (Art. 52 [i.V.m. Art. 62], Art. 65 Abs. 1 lit. b a.E. AEUV). Der Schutz der Rechtspflege, die unabhängige Berufsausübung, das Vertrauen in die Mandantenbeziehung vor Schaden zu bewahren, wie dargelegt, sind solche Gründe. Dass sie durch Kapitalbeteiligungen (auf drei Ebenen: Kapital an sich, Beteiligungsrechte und divergente unternehmerische Interessen der Kapitalbeteiligten) prinzipiell berührt sind, ist weiter oben bereits dargelegt worden. Insoweit macht es für die folgende Verhältnismäßigkeitsprüfung im Grundsatz keinen Unterschied, ob durch eine Regelung (auch oder primär) die Niederlassungsfreiheit beschränkt wird, weil jemand daran gehindert wird, einen für die Bestimmung der Geschicke der Gesellschaft wesentlichen Teil des Gesellschaftskapitals zu übernehmen, oder ob der anvisierte Gesellschaftsanteil so weit unterhalb dieser Schwelle liegt, dass „nur“ die Kapitalverkehrsfreiheit betroffen ist.¹²⁴

¹²⁴ Wojcik, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 63 AEUV Rn. 65 m.w.N.

Allerdings können die Anforderungen an die Erforderlichkeit einer Beschränkung umgekehrt proportional zur Höhe der Beteiligung zunehmen, das heißt: Je kleiner die Beteiligung, desto gewichtigere Gründe muss der Gesetzgeber aufbieten, um sie zu untersagen.

Wo die Dienstleistungsrichtlinie Anwendung findet, greift Art. 15 Abs. 3 lit. b DLRL diesen Rechtfertigungsansatz unter dem Rubrum der „Erforderlichkeit“ auf: Die „Anforderungen müssen durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein.“ Die so bezeichnete Erforderlichkeit darf jedoch nicht mit dem ebenfalls als Erforderlichkeit bezeichneten und zur Verhältnismäßigkeitsprüfung gehörenden Erfordernis verwechselt werden, dass unter mehreren gleichermaßen geeigneten Mitteln das mildeste (am wenigsten beschränkend wirkende) zu wählen ist. Diese Anforderung findet sich – ebenfalls unter Verwendung des Begriffs „erforderlich“ – in Art. 5 Abs. 3 lit. c DLRL.

b) Verhältnismäßigkeit der Regelungen

aa) Geeignetheit der gesetzlichen Verbote

Dass eine reine Kapitalbeteiligung – bei allen Chancen, die sie für die einzelne Anwaltskanzlei bereithält – zwar nicht mit der Gefahr der „Fremdsteuerung“ bei der Erbringung der einzelnen Rechtsdienstleistung, wohl aber rechtlichen, zumindest aber faktischen Beschränkungen der Freiheit von Rechtsanwälten verbunden sein kann, bestimmte Mandate wahrzunehmen oder abzulehnen, liegt auf der Hand. Ein Gesetz, dass es Akteuren verbietet, Gesellschafter einer Berufsausübungsgesellschaft zu sein, ohne in der Gesellschaft beruflich aktiv zu sein, ist dem Grunde nach daher geeignet, der umrissenen Gefahr zu begegnen.

Insofern könnte eine Neubewertung der rechtlichen Bestimmungen, mit denen Fremdkapitalbeteiligungen untersagt werden, im Lichte des Verfassungs- und Europarechts angezeigt sein. Die zwischenzeitlichen Entwicklungen könnten Anlass zur Annahme geben, dass

- (1) die Befürchtung, dass die gemeinsame Berufsausübung mit bestimmten (auch nicht-freiberuflichen) Berufsträgern die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Berufsausübung untergrabe, unbegründet sei, weil die individuelle Anknüpfung der berufsrechtlichen Pflichten in jedweder Form der Kooperation fortbestehe und eine ausreichende Sicherung gegen die umrissenen Gefahren biete,

oder dass

- (2) die Öffnung des Anwaltsberufs für Berufsausübungsgesellschaften mit faktisch inaktiven Rechtsanwälten oder Vertretern zwar freier, aber nicht in gleichem Maße reglementierter Berufe (vgl. § 1 Abs. 2 PartGG) bereits Möglichkeiten eröffne, die Berufsausübung in der Gesellschaft aktiver Rechtsanwälte qua Kapital zu determinieren, weshalb es inkohärent sei, zugleich die reine Kapitalbeteiligung – von Freiberuflern oder Nicht-Freiberuflern – gesetzlich zu untersagen.

bb) Kohärenz als besonderer Eignungsaspekt

(1) Allgemeines

Allerdings ist zusätzlich zur spezifischen Eignung einer gesetzlichen Maßnahme noch deren Zielgeeignetheit im Regelungskontext zu betrachten, die als Kohärenz bezeichnet wird. Eine Norm ist (gemessen an ihrem normativen Umfeld) inkohärent, wenn ihr Regelungsziel bzw. -zweck durch ihr konträre Festlegungen des gleichen Gesetzgebers entwertet wird, und in dieser Kontextualität zur Zielerreichung dann auch nicht mehr geeignet.¹²⁵ Im Berufsrecht ist Kohärenz als Schranken-Schranke im Rahmen der Prüfung von Normen an Grundrechten und EU-Grundfreiheiten von besonders großer praktischer Bedeutung.

Unter zwei Aspekten besteht Anlass, die Kohärenz des hier untersuchten Verbots der Drittkapitalbeteiligung infrage zu stellen: Erstens sind andere Formen der Einbringung von Kapital als die Einlage durch Gesellschafter allen Personen erlaubt. Zweitens erlaubt das Gesetz seit 2022 nicht nur Rechtsanwälten, sondern einer Vielzahl von Berufen eine Mitwirkung in Berufsausübungsgesellschaften, die zwar mit einer aktiven Mitwirkung verbunden sein muss. Doch kann diese Beteiligung erstens so geringfügig sein, dass sie sich von der reinen Kapitalbeteiligung kaum noch unterscheidet, und der vom Gesellschafter ausgeübte Beruf i.S.v. § 1 Abs. 2 PartGG von dem des Rechtsanwalts so fern, dass der Unterschied zum gewerblichen Beruf nur noch definitorisch ist. Wenn das Gesetz einerseits der Gesellschaftsbeteiligung von Trägern eines Berufs nichtentgegensteht, der zwar ein freier ist, aber über die besonderen Merkmale der rechtsberatenden Freien Berufe (wie Verschwiegenheit, besondere Qualifikation, Gemeinwohlbezug) nicht verfügt, ja deren Kooperation mit Rechtsanwälten sogar fordert, reine Kapitalbeteiligungen aber generell verbietet, stellt sich die Frage, ob sich die Gefahren, vor denen § 59i Abs. 3 BRAO und das Gebot aktiver Mitarbeit (§ 59c Abs. 1 BRAO am Anfang) schützen, über die Hintertür des § 59c BRAO infolge der Lockerung des Verbots der Assoziierung mit Berufsfremden wieder realisieren kann. Falls ja, ist die Kohärenz der Regelungen zu verneinen.

(2) Kohärenz im Lichte anderer, erlaubter Finanzierungsmodelle

Das erste Kohärenzproblem stellt sich im Lichte anderer Modelle der Kapitaleinbringung, welche das Gesetz nicht untersagt. Anstatt eine Gesellschaftereinlage zu leisten, könnte eine Person der Berufsausübungsgesellschaft auch ein Darlehen zukommen lassen. Die Gewährung von Darlehen (Gesellschaftsbeteiligter wie Dritter) ist nicht nur nicht verboten, sondern in der BRAO auch in keiner Weise beschränkt. Es dürfte sogar im Einklang mit der BRAO stehen, dass eine Rechtsanwaltsgesellschaft Schuldverschreibungen (Bonds) ausgibt, die auf den Finanzmärkten gehandelt werden. In beiden Fällen ist der Kapitaleinsatz des Nicht-Rechtsanwalts der gleiche. Dass das Gesetz ihn in der einen Form verbietet und in der anderen ohne weiteres gestattet, wirft die Frage auf, ob die erste Regelung durch die zweite unterminiert wird.

¹²⁵ Vgl. zur Kohärenz in der gemeinsamen Berufsausübung von und mit Freiberuflern nur Kämmerer, DStR-Beih. 2015, 33 (35 ff.); Mann, DStR-Beih. 2015, 28.

Auch Darlehen verschaffen dem Darlehensgeber Einfluss auf die Tätigkeit einer Berufsausübungsgesellschaft, wo diese in wirtschaftliche Abhängigkeit von ihm gerät. Der Einfluss ist jedoch ein rechtsfaktischer und keiner, der unmittelbar und automatisch mit dem Innehaben einer Rechtsstellung verbunden ist wie der des Gesellschafters. Dieser wirkt kraft seiner Stellung an Beschlüssen über die Handlungen der Gesellschaft unmittelbar mit, was einem Darlehensgeber versagt ist. Wer ein Darlehen gewährt, möchte lediglich (sofern dies nicht aus altruistischen Gründen, also zur reinen Unterstützung, geschieht) das eingesetzte Kapital durch Verzinsung mehren. Wer einen Gesellschaftsanteil erwirbt, verbindet Kapitaleinsatz mit Einflussnahme auf das Gesellschaftsgeschehen. Welches Interesse im Vordergrund steht, das an der Kapitalmehrung oder das Lenkungsinteresse, ist eine Frage des Einzelfalls. Da sich schon die Konstellationen strukturell unterscheiden, kann aus der differenten Handhabung keine Inkohärenz resultieren.

Zu Kohärenzbedenken besteht allerdings in einem Punkt Anlass: Ein Fremdbeteiligungsverbot ist in der BRAO auch für partiarische Beteiligungen ausgesprochen, d.h., auch eine stille Gesellschaft kann mit Dritten nicht vereinbart werden. Angesichts der Tatsache, dass eine solchen keine Teilhabe an der Beschlussfassung ermöglicht, erschließt sich nicht, warum sie untersagt sein soll, langfristige Kredite an die Berufsausübungsgesellschaft aber nicht. Der stille Gesellschafter wird die Berufsausübungsgesellschaft in aller Regel gut kennen und seine Beteiligung, wiewohl nur in Kapitalform, als eine Art „commitment“ für deren Geschäftsmodell verstehen. Wer auf Finanzmärkten Anleihen einer Berufsausübungsgesellschaft erwirbt, ist dieser dagegen nicht einmal in irgendeiner Weise verbunden und hat lediglich am „return on investment“ Interesse.

Unter Berücksichtigung der Rechtspraxis, in der inaktive Freiberufler als Gesellschafter akzeptiert werden, scheint sich der juristische Schwerpunkt des Problems von der Freiheits- in Richtung Gleichheitsebene zu verlagern: Der inaktive Freiberufler hat mit dem nicht-freiberuflichen Kapitalgeber gemein, dass beide nicht in der Berufsausübungsgesellschaft aktiv sind, aber nur dem Erstgenannten wird gestattet, was sich in der Sache als reine Kapitalbeteiligung darstellt. Die auf verfassungsrechtlicher Ebene mitunter schwierig zu ziehende Grenzlinie zwischen Folgerichtigkeitsfragen (die – als verfassungsrechtliches Pendant zur Kohärenz – bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Freiheitsrechte zu untersuchen ist)¹²⁶ und Gleichheitsfragen ist nicht immer leicht zu ziehen.¹²⁷ Für die unionsrechtliche Kohärenzbetrachtung ist die Abgrenzung ohnehin nur bedingt relevant, schon weil die Grundfreiheiten des AEUV und die Gleichheitsrechte der EU-Grundrechtecharta (Art. 20 ff.) anders als (im vorliegenden Kontext) Art. 3 Abs. 1 und Freiheitsrechte wie Art. 12 Abs. 1 GG einander in der Anwendung nicht ausschließen.¹²⁸ Ob die Unionsgrundrechte und damit der allgemeine Grundsatz der

¹²⁶ Zur – umstrittenen – normativen Einordnung des Kohärenzgebotes im Gleichheitskontext Leisner-Egensperger, DÖV 2013, S. 534 (538); das BVerfG verortet Kohärenzfragen in Freiheitsaspekten: 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08, BVerfGE 121, 317 (360 ff.); ferner Kämmerer, DStR-Beih 2015, S. 33 (35) m.w.N.

¹²⁷ Vgl. BVerfGE 121, 317 (369 ff.).

¹²⁸ Vgl. aus der Judikatur des EuGH etwa Rs. C-98/14, *Berlington Hungary*, ECLI:EU:C:2015:386, wo in Rn. 64 ff. die Kohärenz einer Grundfreiheitsbeschränkung untersucht und verneint wird, mit gleichem Untersuchungsansatz

Nichtdiskriminierung (Art. 21 GRCh) auf BRAO-Normen und ihre Anwendung überhaupt anwendbar sind, muss zudem bezweifelt werden. Voraussetzung dafür ist, dass Durchführung von Unionsrecht (Art. 51 GRCh) vorliegt. Dafür wird aber die Beachtung von Vorschriften nicht ausreichen, die wie Art. 15 DLRL lediglich die Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit der Niederlassungsfreiheit sicherstellen sollen.¹²⁹

(3) Kohärenz im Lichte erlaubter minimaler Aktivbeteiligungen

Auf den ersten Blick erscheinen die gesetzlichen Regelungen sehr konsequent – also kohärent –, insofern als jede bloße Kapitalbeteiligung an Berufsausübungsgesellschaften untersagt wird – auch dann, wenn Kapitalgeber ein Rechtsanwalt ist, und sogar dann, wenn dieser zuvor lange Zeit in der Gesellschaft in dieser Funktion aktiv gewesen ist. Dieses Bild vollständiger Kohärenz könnte jedoch dadurch getrübt werden, dass die aktive Beteiligung, die Voraussetzung für eine Gesellschafterstellung ist, nicht quantifiziert ist. Jedenfalls gibt das Gesetz keinen Anhaltspunkt für die Festlegung einer Minimalgrenze. Konsequenterweise lässt die Kammerpraxis eine Stunde aktiver Mitarbeit pro Woche oder die Bearbeitung eines einzigen Mandats bereits zur Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen genügen. Dies führt zu einem binären Normverständnis, das dem beteiligungsabhängig ansteigenden Risiko nicht gerecht werden will: Wer irgendwie, auch minimal, aktiv ist, darf Gesellschafter sein mit allen damit verbundenen Rechten¹³⁰, wer nicht oder nicht mehr aktiv ist, ist ausgeschlossen oder muss ausscheiden.

Man könnte an dieser Stelle einwenden, dass ein kapitalgewährender, minimal tätiger Rechtsanwalt, der typischerweise zuvor in Vollzeit in der gleichen Kanzlei aktiv gewesen ist, anders betrachtet werden müsse als ein beliebiger dritter Kapitalgeber – wofür gewiss vieles spricht. Allerdings kann gerade ein minimal tätiger Rechtsanwalt über seinen Gesellschaftsanteil überproportionalen Einfluss auf die Berufsausübungsgesellschaft ausüben, was sich auch in einer Beeinträchtigung der freien Berufsausübung der Mitgesellschafter niederschlagen kann. Da die Berufsausübungsgesellschaft seit 2022 nicht mehr über eine prägende Berufsgruppe verfügen muss, ist denkbar, dass mehrere minimal tätige Träger eines Berufs, dessen Vertreter die Gesellschaft nur formal dominieren, auf Gesellschafterbeschlüsse zu Lasten anderer in der Gesellschaft vertretenen Berufsgruppen hinwirken können. Damit soll nicht insinuiert werden, dass der Gesetzgeber gegen derlei Vorsorge hätte tragen müssen, sondern es soll verdeutlichen, dass Kapitalinteressen auch bei minimal aktiven Gesellschaftern im Vordergrund stehen können. Anders formuliert: Warum sollten Personen trotz stark reduzierter Aktivität an ihrer Gesellschaftsbeteiligung festhalten, außer zur Kapitalvermehrung oder zur Einflussnahme auf die Kanzleipraxis? Weder das eine noch das andere kann im Lichte ihrer tatsächlichen Stellung erwünscht sein.

anschließend aber auch u.a. auf eine Verletzung des Eigentumsrechts aus Art. 17 Abs. 1 GRCh eingegangen wird (Rn. 89 ff.). Der Fall berührte allerdings die Anwendungsbereiche von EU-Richtlinien.

¹²⁹ A.A. lediglich EuGH, Rs. C-260/89, ERT, ECLI:EU:C:1991:254, Rn. 43; die Entscheidung ist aber singulär geblieben.

¹³⁰ I.d.S. wohl BT-Drs. 19/27670, S. 175.

Das Problem verschärft sich, wenn man berücksichtigt, dass das Gesetz prinzipiell Träger sämtlicher in § 1 Abs. 2 PartGG aufgeführten Berufe für gesellschaftsfähig erklärt. Dazu gehören auch Journalisten, Künstler, Dolmetscher, freie Schriftsteller, freie Wissenschaftler, Lehrer und Erzieher – Berufe, die nicht verkammert sind, nicht der Verschwiegenheit unterliegen, nicht reglementiert sind und (von Journalisten abgesehen) keine dezidierte Bindung an einen Gemeinwohlzweck kennen (wie bei Rechtsanwälten und Steuerberatern die Rechtspflege, an der sie sogar als „Organ“ mitwirken). Das für Rechtsanwälte Gesagte lässt sich auf diese Berufsgruppen übertragen: Wer nur in minimalem Umfang in der Gesellschaft tätig wird oder bleibt, darf Gesellschafter sein. Dies ist bei Berufen i.S.v. § 59c Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BRAO kritischer zu sehen als solchen i.S.v. § 59c Abs. 1 S. 1 Nr. 1-3 BRAO, weil es für die erstgenannten Freien Berufe vielfach kein spezifisches Berufsrecht gibt, das sie ähnlichen Rechtsbindungen unterwirft wie letztere. Ihre rechtlichen Bindungen sind noch geringer als die des Gewerbes, zu dessen Ausübung in jedem Fall mindestens Zuverlässigkeit erforderlich ist. Zwar ist, wer sozietätsfähiger, nicht-anwaltlicher Gesellschafter einer Berufsausübungsgesellschaft ist, über §§ 59d Abs. 1-3 BRAO, 30 Abs. 2 BORA indirekt auch zur Beachtung des anwaltlichen Berufsrechts verpflichtet; diese Verpflichtung könnte man aber, wenn man sie als Gesellschafter zuließe, auch Gewerbetreibenden auferlegen.

Es liegt nahe, an diesem Punkt einzuwenden, dass die Beteiligung von Dolmetschern, Künstlern oder Erziehern an einer Berufsausübungsgesellschaft gemeinsam mit Rechtsanwälten lebensfern sei, aber dies trifft nicht zu. Im Vereinigten Königreich, wo ganz andere Kooperationen gestattet sind, haben sie sich in Einzelfällen bis zum Lebensmittelhandel und zum Bestattungswesen erstreckt¹³¹ - was man freilich unter „exotische Fälle“ verbuchen muss. Realistischer sind Konstellationen, bei denen eine Person mit einer der in § 1 Abs. 2 PartGG genannten beruflichen Eigenschaften in die Gesellschaft aufgenommen wird und in gewissem Umfang tätig wird, faktisch aber vor allem als Kapitalgeber fungiert. Durch das Gesetz zur Neuregelung der Berufsausübungsgesellschaften ist das berufliche Spektrum so weit gefasst, bei gleichzeitig minimalen Anforderungen an die tatsächliche Beteiligung, dass erheblich mehr Raum für eine faktisch von reinen Kapitalinteressen bestimmte Beteiligung besteht. Zwar schränkt § 59c Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Hs. 2 ein, dass die Beteiligung nicht zulässig ist, wenn „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“. Besteht eine solche Gefahr bei Minimalaktivität des Vertreters eines nicht-reglementierten Freien Berufs aufgrund seiner möglichen Kapitalgerichtetheit, so wird mit zunehmender tatsächlicher Beteiligung die fehlende Reglementierung zum potenziellen Konfliktpunkt. Es lässt sich also nicht sagen, bei welcher Beteiligungsquote eine Gefahr der in der Norm genannten Art anzunehmen ist oder nicht. Da sich der Gesetzgeber für die prinzipielle Gesellschaftsfähigkeit aller in § 1

¹³¹ Lebensmittelhandel: <https://www.bbc.com/news/uk-17538006> (zuletzt abgerufen am 25.07.2024); <https://www.legalfutures.co.uk/latest-news/tesco-law-at-last-sra-rules-could-herald-new-breed-of-mdp>, zuletzt abgerufen: 30.7.2024; Bestattungswesen: Weberstaedt, English Alternative Business Structures and the European Single Market, S. 11 (abrufbar über https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2333174, zuletzt abgerufen: 5.8.2024).

Abs. 2 PartGG genannten Berufe entschieden hat, muss ihr Ausschluss auf seltene Fälle der in § 59c Abs. 1 S. 2 BRAO genannten Arten beschränkt bleiben.

Festzuhalten ist damit: Das Gesetz erlaubt die Gesellschaftsbeteiligung von Berufsträgern, die weder reglementiert noch in besonderer Weise berufsrechtlich reguliert sind, und eröffnet damit ein Vehikel für Fremdinteressen. Da eine Minimal-Aktivbeteiligung in der Gesellschaft ausreicht, kann unter dem Deckmantel der Beteiligung als Berufsträger i.S.v. § 1 Abs. 2 PartGG auch eine quasi-ausschließliche Kapitalbeteiligung verwirklicht werden. Zu dieser sehr weiten Öffnung setzt sich der Gesetzgeber in Widerspruch, wenn er Kapitalbeteiligungen ansonsten kategorisch ausschließt. Dies gilt umso mehr, als die Mitwirkung in der Gesellschaft auch Compliance-Probleme generieren kann, die bei reiner Kapitalbeteiligung nicht in gleicher Weise bestehen.

Der Befund mangelnder Kohärenz wird arrondiert durch den Befund, dass die aktive Mitwirkung (von Rechtsanwälten) in der Berufsausübungsgesellschaft von den Kammern praktisch nicht überprüft wird. In der Rechtswirklichkeit ist die reine Kapitalbeteiligung also gang und gäbe.¹³² Es ist aber nicht schlüssig, wenn solches bei Berufen der in § 1 Abs. 2 PartGG genannten Arten hingenommen wird, obwohl keine Mitwirkung in der Gesellschaft erfolgt, bei Personen, die gewerblich oder handwerklich tätig sind, aber nicht, denn soweit ihr Interesse im Einsatz von Kapital besteht, unterscheiden sich diese Personen nicht. Soweit es über den Einsatz von Kapital hinausgeht und eine berufliche Beteiligung in einem gewissen Umfang stattfindet, ist die strikt binäre Differenzierung – gesellschaftsfähig sind alle in § 1 Abs. 2 PartGG genannten Berufe, alle übrigen aber unter keinen Umständen – angesichts der in der BRAO schon jetzt verfolgten Regelungskonzepts (Bindungen der nicht-anwaltlichen Gesellschafter an das anwaltliche Berufsrecht, § 59d Abs. 1 BRAO; Verpflichtung zu gesellschaftsrechtlichen Absicherungen, § 59e Abs. 2 S. 2) und vor allem der Bindung der Rechtsanwälte selbst an ihr Berufsrecht fragwürdig. Angesichts dieses „Sicherungsnetzes“ ist – erstens – kaum verständlich, warum ein Nicht-Freiberufler als Gesellschafter ausgeschlossen, ein Freiberufler aber akzeptiert ist. Da es – zweitens – auf den Tätigkeitsumfang nicht ankommt, dieser auch minimal sein kann und in Theorie wie Praxis des Rechts ein fließender Übergang zur reinen Kapitalbeteiligung besteht, ist nicht verständlich, warum dann noch eine weitere scharfe Trennlinie zwischen Betätigung und Nicht-Betätigung als qualitative Voraussetzung für die Gesellschafterstellung gezogen wird, die sich in der Praxis zudem nur auf Personen auswirkt, welche die Voraussetzungen des § 59c Abs. 1 S. 1 BRAO nicht erfüllen. Die §§ 59d Abs. 1, 2 und 59e Abs. 2 S. 2 würden sich de lege ferenda aber auf sie grundsätzlich erstrecken lassen.¹³³

¹³² Baumert, EuZW 2023, S. 512 (514), unter Hinweis auf Kleine-Cosack, BRAO, 9. Aufl. 2022§ 59b Rn. 9.

¹³³ Vgl. auch Baumert, EuZW 2023, S. 512 (513); zum Gesetzesentwurf Henssler, AnwBl Online 2021, S. 69 (72), welcher der neuen Regelung einer Übertragbarkeit der Berufspflichten auf sozietätsfähige Berufe in einer Weise befürwortet, dass ihre Anwendbarkeit für alle anderen Berufe gelten kann.

Zusammengefasst: Das Gesetz verbietet zwar Kapitalbeteiligungen, lässt der Sache nach aber fast reine Kapitalbeteiligungen bei Berufsträgern zu, gegen die in der Praxis auch nicht vorgegangen wird. Es versagt Beteiligungen jedweder Art dabei gewerblichen Akteuren, auch solchen, deren Tätigkeit rechtsberatungsnah ist, erlaubt sie aber Mitgliedern der in § 1 Abs. 2 PartGG, § 59c Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BRAO aufgeführten Berufe auch dann, wenn diese in keiner Weise reglementiert sind. Warum die Sorge vor der Nichteinhaltung des Berufsrechts bei diesen Berufen durch das Bestehen des angesprochenen „Sicherheitsnetzes“ zerstreut werden soll, bei anderen, ebenfalls nicht reglementierten gewerblichen Berufen aber nicht, bleibt ein Rätsel.¹³⁴ Alles in allem fehlt es den bestehenden gesetzlichen Regelungen, insbesondere §§ 59b, 59c BRAO, unter den angesprochenen Aspekten an Kohärenz; sie sind europarechtswidrig.

cc) Zwischenfazit und legislative Optionen

Aus dem Befund der Inkohärenz folgt in erster Linie, dass der Gesetzgeber die reine Kapitalbeteiligung an Berufsausübungsgesellschaften nicht mehr schlechthin verbieten darf. In meinem Gutachten zum 68. Deutschen Juristentag (2010) hatte ich noch für den Ausschluss der reinen Kapitalbeteiligung plädiert. Ihre gesetzliche Beschränkung sei durch das Interesse an der Wahrung der unabhängigen Berufsausübung gerechtfertigt und verletze die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit grundsätzlich nicht.¹³⁵ Kritischer wurde der prinzipielle Ausschluss von Nicht-Freiberuflern betrachtet. Den mit ihrer Beteiligung einhergehenden Gefahren für die Verschwiegenheit und dem auch in diesen Fällen bestehenden Kapitaldruck könne durch Schutzmaßnahmen wie Informationsbarrieren („Chinese Walls“) oder Ausgabe stimmrechtsloser Anteile begegnet werden. Insgesamt solle auch Nicht-Freiberuflern aggregiert eine Beteiligung bis zu 25% ermöglicht werden.¹³⁶

Seit Erstattung dieses Gutachtens haben sich nicht nur das Recht der Freien Berufe – vielerorts sogar so, wie im DJT-Gutachten vorgeschlagen –, sondern auch die Rahmenbedingungen für freiberufliche Tätigkeiten in erheblichem Maße gewandelt, teils aufgrund freier gesetzgeberischer Entscheidung, teils unter dem Druck höchstrichterlicher Entscheidungen. Der Gesetzgeber hat mit dem Neuregelungsgesetz von 2021 den Kreis der gesellschaftsfähigen Personen zwar an § 1 Abs. 2 PartGG angepasst, sich damit aber an anderer Stelle Unwuchten im legislativen Ansatz eingehandelt. Die „Begradigung der rechtlichen Front“¹³⁷ hätte darin bestehen können, dass reglementierte, regulierte und ggf. auch verkammerte Berufe in deren einzelnen Berufsrechten jeweils als Gesellschafter einer interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaft und damit auch einer Rechtsanwalts-gesellschaft zugelassen werden. Der Gesetzgeber

¹³⁴ Römermann, NJW 2023, S. 1692 (1694): „Wieso gehen von ihnen [d.h. Personen i.S.v. § 1 Abs. 2 PartGG] keine, von anderen Berufsträgern aber allzu große Risiken für Anwälte aus, fragt der AGH und legt damit den Finger in die klaffende Wunde der Argumentation der Kammer.“ Ähnlich Baumert, EuZW 2023, S. 512 (514).

¹³⁵ Kämmerer, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Band I, 2010, H 79, 80.

¹³⁶ Kämmerer, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Band I, 2010, H 81; ders., NJW-Beil. Zu Heft 22/2010, S. 105 (108).

¹³⁷ Kämmerer, DStR-Beih 2015, S. 33 (37); ders./Kleiner, MedR 2020, S. 531 (533).

hat diese Gesellschaften jedoch auch für Repräsentanten von Berufen geöffnet, die keine dieser drei Eigenschaften aufweisen - was es nun unlogisch, wertungswidersprüchlich, mithin inkohärent, erscheinen lässt, dass andere Personen, denen es an einer oder mehrere dieser Eigenschaften ebenfalls fehlt (wie Gewerbetreibende)¹³⁸, ausgeschlossen bleiben. Mit Blick auf bloße Kapitalbeteiligungen kommt hinzu, dass sie nominell verboten sind, den nach dem weiten gesetzlichen Maßstab zugelassenen Berufsträgern aber faktisch ermöglicht werden. Die Inkohärenz, die diesen Regelungen attestiert werden muss, hat zur Folge, dass die Maßnahme zur Beschränkung der jeweils anwendbaren Grundfreiheit in Verfolgung des Regelungsziels nicht geeignet ist und die Grundfreiheit damit verletzt.¹³⁹

Der Gesetzgeber kann, um Kohärenz der gesetzlichen Regelungen wiederherzustellen, alte Restriktionen wiederherstellen, derzeit verbleibende Restriktionen weiter zurücknehmen (was in unserem Fall bedeutet, dass Öffnungen für reine Kapitalbeteiligungen an Berufsausübungsgesellschaften zugelassen werden), oder neue Restriktionen schaffen. Er könnte also

- die bei § 59c Abs. 1 BRAO vorgenommenen Öffnungen für Beteiligungen an Berufsausübungsgesellschaften wieder zurückbauen. Ein solcher Rückbau wäre allerdings nicht nur politisch schwer zu vermitteln, sondern könnte auch, weil die partizipative Angleichung von Partnerschaftsgesellschaften und Berufsausübungsgesellschaften wieder rückgängig gemacht würde, Gleichheitsprobleme aufwerfen. Zudem handelt es sich aus unionsrechtlicher Sicht um eine neue Reglementierung, die strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstäben unterliegt¹⁴⁰;
- sich gegen jedwede Verschärfung entscheiden und den Raum für bloße Kapitalbeteiligungen schaffen und so lange erweitern, bis Kohärenz hergestellt ist;
- die Anforderungen an eine aktive Beteiligung in der Berufsausübungsgesellschaft und zugehörige Kontrollmechanismen in einer Weise verschärfen, dass die faktische bloße Kapitalbeteiligung von Rechtsanwälten und sonstigen Gesellschaftern ausgeschlossen ist und die reine Kapitalbeteiligung sich tatsächlich etwas qualitativ anderes darstellt. Ob es praktisch möglich ist, eine effektive Kontrolle durch die Kammern darüber zu implementieren, ist allerdings fraglich.

Wann im zweitgenannten Fall Kohärenz erreicht ist, lässt sich nicht einfach bestimmen. Da, wie dargelegt, bloße Kapitalbeteiligte eine andere Rechtspersönlichkeit aufweisen als faktisch nur kapitalbeteiligte Freiberufler und die Kapitalbeteiligung keine „Begrenzung nach Köpfen“ aufweist, lässt sich mit einiger Gewissheit nur sagen, dass eine Kapitalbeteiligung in dem Umfang zulässig sein muss, in dem in der Rechtspraxis auch ein nicht aktiver Rechtsanwalt oder anderer

¹³⁸ Apodiktisch BT-Drs. 19/27670, S. 178, es sei zum „Schutz einer funktionierenden Rechtspflege“ erforderlich, eine Beschränkung auf freie Berufe vorzunehmen.

¹³⁹ So die wohl h.M.; vgl. Kämmerer, DStR-Beih 2015. S. 33 (35) m.N.; a.A. etwa Lippert, EuR 2012, S. 90 (92 f.), der die Kohärenz als eigenständige Schranken-Schranke versteht.

¹⁴⁰ Art. 4 der Richtlinie (EU) 2018/958 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen v. 28.6.2018, ABl. Nr. L 173 v. 9.7.2018, S. 25.

nicht aktiver Freiberufler Anteile an einer Berufsausübungsgesellschaft halten darf. Hinzu kommt, dass die Freiheit der unabhängigen Berufsausübung unter Umständen erfordern – zumindest aber dem Mitgliedstaat erlauben – könnte, insoweit Grenzen zu setzen, wie im Folgenden untersucht wird.

dd) Erforderlichkeit des Verbots der Kapitalbeteiligung?

Falls der Gesetzgeber an Verboten oder Beschränkungen der Kapitalbeteiligung weiter festhalten will, müssen diese als Beschränkungen der Grundfreiheiten erforderlich und proportional (nicht übermäßig) sein, der Eingriff darf nicht außer Verhältnis stehen zum verfolgten Zweck. Erforderlich ist ein Verbot, wo ein milderer Mittel, das gleich geeignet ist, um die Gefahr zu bekämpfen, nicht existiert. Wie weiter oben dargelegt, besteht eine mit einer Kapitalbeteiligung verbundene Gefahr für die anwaltliche Berufsausübung immer in irgendeiner Weise – weil dies in der Natur einer jeden finanziellen Bindung liegt. Die Gefahr ist jedoch nicht in allen Konstellationen gleich groß. In der Frage, wie groß sie ist und wie sie sich in der berufsgesellschaftsrechtlichen Praxis manifestiert, besteht Unsicherheit. Vor diesem Hintergrund sind die folgenden Überlegungen zu bewerten. Sie sollen als Leitlinie zur Beantwortung der Frage verstanden werden, ob sich der Gesetzgeber angesichts der hier festgestellten Inkohärenz und damit Europarechtswidrigkeit der Regelungen für eine sinnvolle Neuregelung im Sinne der Option 2 entscheiden kann.

Als potenziell mildere Regelungsansätze kommen die folgenden in Betracht:

(1) Berufsrechtliche Pflichtenbindung des Anwalts und des Kapitalgebers

Die jüngere Judikatur, insbesondere des BVerfG, tendiert immer mehr zum Fokus auf den einzelnen Berufsträger bei der Absicherung der berufsrechtlichen Pflichten.¹⁴¹ Ohne sie wäre auch der Schritt des Gesetzgebers hin zur Verankerung der interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaft kaum zu erklären. Auch sie ist, wie dargelegt, zur Einhaltung des anwaltlichen Berufsrechts verpflichtet, und es muss sichergestellt sein, dass es auch von den nicht-anwaltlichen Gesellschaftern beachtet wird. Dass die Bindung der einzelnen Freiberufler an ihr jeweiliges Berufsrecht (soweit vorhanden) daneben bestehen bleibt, ist klar. Eine Bindung auch des nur kapitalgebenden Gesellschafters an das anwaltliche Berufsrecht wäre konstruktiv möglich. Der Staat darf dabei auch nicht von der Annahme ausgehen, die Rechtsanwälte würden beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags und die Kapitalgeber in der Praxis ihre rechtlichen Bindungen missachten.¹⁴² Die Frage ist vielmehr, ob eine personale Pflichtenbindung ausreichen kann, um den Einfluss eines Gesellschafters zu beschränken, dessen Gesellschafterstellung ursprünglich durch reine oder doch überwiegende Kapitalinteressen determiniert gewesen ist.

¹⁴¹ Vgl. Kilian, DStR 2023, 1621 (1624) m.N.

¹⁴² BVerfGE 108, 150 (164); BVerfG, NJW 2016, 700 Rn. 70.

Ein als Optiker-Entscheidung bekannt gewordenes Urteil des EuGH aus dem Jahr 2005 deutet in diese Richtung. Der Gerichtshof hatte ein griechisches Gesetz, welches u.a. vorschrieb, dass in einem als Kapitalgesellschaft geführten Optikergeschäft die Anteilsmehrheit bei diplomierten Optikern liegen müsse, u.a. wegen Verletzung der Niederlassungsfreiheit (damals Art. 43 EG) beanstandet. Der Schutz der öffentlichen Gesundheit, mit dem Griechenland die Regelung rechtfertigte, könne durch weniger einschneidende Regelungen wie z.B. der Vorgabe, dass im Geschäft ständig ein diplomierter Optiker anwesend sein müsse, ebenso gut erreicht werden.¹⁴³ Allerdings hat der Gerichtshof in Entscheidungen, die Kapitalbeteiligungen an anderen Unternehmen betrafen, auch deutlich andere Positionen vertreten. So hielt er die Ansicht eines Mitgliedstaats für vertretbar, dass die Unabhängigkeit von Biologen in einem Labor für biomedizinische Analysen nicht hinreichend wirksam sichergestellt sei, wenn sie zwar über die Stimmenmehrheit, nicht jedoch über die Mehrheit des Kapitals in der Betreibergesellschaft verfügen. Es sei denkbar, dass die Entscheidungen der höchstens 25 % der Stimmrechte besitzenden Minderheitsgesellschafter darüber, ob sie sich finanziell engagieren oder nicht, wenn auch nur mittelbar, die Entscheidungen der Gesellschaftsorgane beeinflussen könnten. Unter diesen Voraussetzungen sei nicht nachgewiesen, dass weniger beschränkende Maßnahmen es erlaubten, das angestrebte Niveau des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung ebenso wirksam sicherzustellen.¹⁴⁴ Der Gerichtshof scheint also durchaus danach zu unterscheiden zu wollen, was jeweils „auf dem Spiel stehen kann“ – der Gesundheitsschutz oder doch „nur“ die Erbringung von Rechtsdienstleistungen frei von ökonomischen Zwängen.¹⁴⁵

Die Bundesrechtsanwaltskammer warnt in diesem Zusammenhang vor „strukturellen Konfliktlagen und sieht die „Korruptionsfreiheit“ der Rechtsverfolgung in Gefahr.¹⁴⁶ Dies dürfte zum einen die Lage erstens pauschal dramatisieren und zum anderen die gegenwärtige Situation idealisieren, denn in finanziellen Schwierigkeiten oder Abhängigkeiten befinden sich viele Anwaltskanzleien auch ohne externen Gesellschafter. Das Problem dürfte vielmehr sein, dass die Berufsrechtsbindung gegenüber kapitalspezifischen Einflüssen nur unvollkommenen Schutz bietet: Sie kann gesellschaftsrechtliche Mitwirkungsmöglichkeiten des Kapitalbeteiligten begrenzen und diesen berufsrechtlichen Bindungen unterwerfen; Abhängigkeiten, die für die Berufspraxis aus der Beteiligung eines Kapitalgebers Mitwirkung erwachsen können, kann sie kaum reduzieren, so wie sie auch Interessenkonflikte nicht lösen kann, die sich insbesondere bei strategischen Investoren ergeben können, denn diese sind ja nicht in der Gesellschaft aktiv (und dürfen es wegen § 59c BRAO derzeit jedenfalls nicht sein). Die Bindungen des Berufsrechts, auf dessen Einhaltung durch den einzelnen Berufsträger berechtigterweise vertraut werden darf, wirken unabhängig davon, ob Dritte mit Kapitalbeteiligungen an einer Berufsausübungsgesellschaft beteiligt sind oder nicht. Im Verhältnis zu einem Verbot solcher

¹⁴³ EuGH, Rs. C-140/03, Kommission/Hellenische Republik, ECLI:EU:C:2005:242, insbes. Rn. 35.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-89/09, Kommission/Frankreich, ECLI:EU:C:2010:772, Rn.86 f.; ähnlich EuGH, Rs. C-297/16, CMVRO, Ur. v. 1.3.2018, ECLI:EU:C:2018:141, Rn. 82.

¹⁴⁵ Ob Rechtsdienstleistungen im Lichte der Rechtsprechung eher in die Kategorie „Brille“ oder „Pille“ fallen, fragen insoweit Gerhold/Lauenstein, EuR 2023, S. 563 (566, v.a. 570 ff. m.w.N.).

¹⁴⁶ BRAK, Stellungnahme Nr. 71, Dezember 2023, Verbändeanhörung des BMJ zu den bestehenden Regelungen der BRAO zum Fremdbesitz, S. 6 f.

Beteiligungen erscheinen sie als ein milderes Mittel und sind auch geeignet, etwaigen Gefahren, die sich vor allem aus Interessengegensätzen zwischen den Akteuren ergeben, entgegenzuwirken. Das Berufsrecht kann allerdings jenen unterschwelligen Abhängigkeiten, die sich bei Kapitalbeteiligungen immer und sachlogischerweise ergeben, nur begrenzt entgegensteuern. Insofern wird man es als geeignetes, aber nicht auf allen Ebenen gleichermaßen geeignetes Instrument ansehen können..

(2) Ausschluss vom Stimmrecht bei (berufs-)wesentlichen Entscheidungen

Im Schrifttum – und seitens der Kommission¹⁴⁷ – ist vorgeschlagen worden, kapitalbeteiligte Gesellschafter mit der Maßgabe zuzulassen, dass sie allgemein oder bei Entscheidungen, welche die freie Berufsausübung der Rechtsanwälte (bzw. Mitglieder anderer rechtsberatender Freier Berufe) in der Berufsausübung betreffen, vom Stimmrecht ausgeschlossen sein sollen. Bei unmittelbar mandatsbezogenen Entscheidungen ergibt sich dies allerdings ohnehin schon jetzt aus dem Gesetz und muss durch Gesellschaftsvertrag sichergestellt werden (was auch im Vorlagefall des EuGH der Fall war). Darüber hinausgehende Stimmrechtsausschlüsse dürften aus praktischen, aber auch rechtlichen Gründen kaum zu realisieren sein. Die Zulassung eines Gesellschafters mit einer Kapitalbeteiligung ohne Stimmrecht ist der Verwirklichung der Grundfreiheiten nicht besser dienlich als der Ausschluss jeglicher Kapitalbeteiligung: Dem Investor würde zwar erlaubt, sein Geld einzubringen, über seine Verwendung aber dürfte er nicht mitentscheiden. Insofern könnte ein Verbot der Mitwirkung nur für bestimmte Entscheidungen begründet werden. Bei unmittelbar mandatsbezogenen Entscheidungen ist dies ohnehin geboten. Eine überzeugende Eingrenzung auf einen Katalog von Entscheidungen, von denen der Kapitalbeteiligte ausgeschlossen ist, dürfte darüber hinaus kaum gelingen. Hinzu kommt, dass die Gesellschaftsform bedacht sein will: Ist eine Berufsausübungsgesellschaft als GmbH organisiert, deren Gesellschaftsversammlung das bestimmende Organ ist, lässt sich eine Stimmrechtsbeschränkung eher verwirklichen als in der AG, deren Hauptversammlung in der Regel nur einmal im Jahr zusammenkommt. Hier verlagern sich Konfliktlinien möglicherweise in den Aufsichtsrat.

An dieser Stelle könnte man mit der Bundesrechtsanwaltskammer einwenden, dass eine Stimmrechtsbeschränkung bei der GmbH nicht ausreiche, um den Kapitalgeber in die Schranken zu weisen, da § 51a GmbHG Gesellschaftern umfassende Auskunfts- und Einsichtsrechte gewähre und nicht abdingbar sei.¹⁴⁸ Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass § 51a Abs. 2 GmbHG die Verwendung von Informationen für gesellschaftsfremde Zwecke ausschließt. Sie dürfen ausschließlich zur Ausübung von Gesellschafterrechten bzw. zur Förderung des Unternehmensgegenstandes genutzt werden.¹⁴⁹ Ist der Unternehmensgegenstand die gemeinsame Ausübung eines Freien Berufs bzw. des Anwaltsberufs, so ist als gesellschaftsfremd bereits anzusehen, was mit den grundlegenden berufsrechtlichen Normen nicht im Einklang steht, wie die

¹⁴⁷ Hinweis des Generalanwalts in Nr. 97 der Schlussanträge.

¹⁴⁸ S.o. E I 1 b.

¹⁴⁹ Hillmann, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 51a Rn. 53 m.w.N.

Weitergabe von Mandanteninformationen. Insofern kann das Auskunftsrecht des Kapitalbeteiligten nur so weit gehen, wie die in der Kanzlei tätigen Rechtsanwälte nicht zur Verschwiegenheit über die Mandantenverhältnisse verpflichtet sind.¹⁵⁰ Der Einwand, schon wegen § 51a GmbHG lasse sich eine Kapitalbeteiligung mit berufsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbaren, trägt insoweit nicht.

Für Stimmrechtsausschlüsse gilt insofern Ähnliches wie für Berufsrechtsbildungen: Sie vermögen nicht alle Wirkungsebenen einer Kapitalbeteiligung hinreichend zu erfassen.

(3) Qualitative Anforderungen an die Kapitalbeteiligung

Eine weitere denkbare Variante, die möglicherweise mit geringeren Rechtseinschränkungen bei gleicher Effizienz einhergeht, soll hier mit „qualitative Anforderungen an die Kapitalbeteiligung“ umschrieben sein. Die reine Kapitalbeteiligung würde im Grundsatz zwar zugelassen, allerdings unter der Voraussetzung, dass das eingesetzte Kapital der Verbesserung und Erleichterung der Erbringung juristischer Dienstleistungen durch die Berufsausübungsgesellschaft zugutekommt (analog Art. 101 Abs. 3 AEUV: „angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung [was Dienstleistungen einschließt, Anm.] oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen“). Eine Kapitalbeteiligung würde der Kammer anzuzeigen sein, die zu prüfen hätte, ob solche Anforderungen im Einzelfall erfüllt sind. Die Genehmigung durch die Kammern wäre zu erteilen, wenn die Kapitalbeteiligung die anwaltliche Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt; die Kammer könnte dabei auch überprüfen, ob die Satzung so konstruiert ist, dass Interessenkonflikte minimiert werden.

Rechtssichere Maßstäbe zu schaffen, dürfte allerdings mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein. Ist die Beteiligung von Legal-Tech-Unternehmen immer und per se ein Fortschritt – auch dann, wenn KI bestimmte Subsumtionen übernimmt? Ist das rein finanzielle Engagement nur deshalb keine Verbesserung, weil der Investor es zum eigenen Profit unternimmt, wenn es zur Folge hat, dass dadurch mehr Rechtsanwälte in einer Kanzlei tätig sind und der Wettbewerb stimuliert wird? Alternativ zu einer abstrakten Formulierung könnte man daher auch über die Formulierung eines Katalogs von Kategorien von Kapitalbeteiligten nachdenken, die als Gesellschafter einer Rechtsanwaltsgesellschaft allgemein zulässig sind. Die Beteiligung „rechtsnaher“ Akteure wie Legal-Tech-Anbieter oder Rechtsschutzversicherungen, die man in diesem Zusammenhang nennen könnte, kann man unter Synergiegesichtspunkten begrüßen, man kann sie aber auch kritischer sehen als diejenige reiner Kapitalinvestoren, da ihrem genuin unternehmerischen Interesse an den von den Rechtsanwälten erbrachten Dienstleistungen auch ein Potenzial unternehmerischen Dissenses mit diesen Rechtsanwälten innewohnen kann. Wer dieser Ansicht folgt, wird allerdings Schwierigkeiten haben, sich Öffnungen gegenüber Kooperationen mit Akteuren deutlich außerhalb der Rechtspflege (sofern Verschwiegenheit garantiert ist) zu

¹⁵⁰ Vgl. LG München, Beschl. v. 31.5.2017 – 5 HK O 1564/16, BeckRS 2017, 119369, Rn. 33.

verschließen: Dass z.B. die Kapitalbeteiligung einer Großbäckerei an einer Rechtsanwalts-gesellschaft grundsätzlich größere Gefahren ausgehen als von der eines Legal-Tech-Dienstleisters, lässt sich schlechthin kaum sagen können.

ee) Zwischenbefund zu Geeignetheit/Kohärenz und Erforderlichkeit

Als Ergebnis des Vorstehenden kann festgehalten werden: Verbietet ein Mitgliedstaat, wie Deutschland, die Kapitalbeteiligung, greift er insbesondere in die Niederlassungsfreiheit bzw., sofern die Beteiligung unter 25% liegt, in die Kapitalverkehrsfreiheit ein. Die bestehenden Regelungen in der BRAO, die dies tun, sind inkohärent und schon daher unionsrechtswidrig.

Gleichwohl ist Deutschland prinzipiell berechtigt, in der Kapitalbeteiligung Externer – wie in allen finanziellen Verpflichtungen von Rechtsanwälten – eine Gefahr für die anwaltliche Berufsausübung und damit für die Verwirklichung des Rechtsschutzes zu sehen. Will es dieser Gefahr begegnen, muss dies auf kohärente Weise geschehen und mit dem mildesten unter allen gleich geeigneten Mitteln. Die Suche nach einem milderen Mittel als Beteiligungsverboten gestaltet sich allerdings schwierig, weil die oben erörterten Mittel die kapitalspezifischen Wirkungen nicht hinreichend erfassen. Insbesondere Stimmrechtsbeschränkungen können die stimmrechtsspezifischen Auswirkungen einer Kapitalbeteiligung erfassen, ihr „Grundrauschen“ und das mögliche eigene Unternehmensinteresse des Kapitalbeteiligten aber kaum. Die Verhältnismäßigkeit der Verbote entscheidet sich deshalb auf der Ebene ihrer Proportionalität.

ff) Proportionalität (Zweck-Mittel-Relation)

Verbote einer Kapitalbeteiligung stellen erhebliche Beschränkungen der freien Niederlassung bzw. des freien Kapitalverkehrs (und bei Inländern zudem der Berufsfreiheit) dar. Auf die Anzahl der Akteure, die von solchen Verboten betroffen ist, kommt es nicht an; maßgeblich ist die Potenzialität. Auf der anderen Seite stehen als zwingende Erwägungen des Allgemeinwohls Rechtsgüter, denen auch der EuGH großes Gewicht attestiert, wie Unabhängigkeit der Rechtsanwaltschaft und Schutz der Rechtspflege, konkret: Sicherung der Erbringung angemessener und ausreichender Rechtsdienstleistungen.

Da von der Fremdbeteiligung kaum negative Auswirkungen auf Preis und Verfügbarkeit von Rechtsdienstleistungen zu erwarten sind, stehen die Rechtsanwaltschaft selbst und ihre Bedeutung für die geordnete Rechtspflege als Schutzgegenstand im Mittelpunkt. Für Art. 19 EuGH-Satzung hat der EuGH betont, dass die „dem Anwalt obliegende Pflicht zur Unabhängigkeit nicht als das Fehlen jeglicher Verbindung mit seinem Mandanten zu verstehen, sondern als das Fehlen von Verbindungen, die offensichtlich seine Fähigkeit beeinträchtigen, seiner Aufgabe nachzukommen, die in der Verteidigung seines Mandanten durch den bestmöglichen Schutz von dessen Interessen besteht.“¹⁵¹ An anderer Stelle betont der EuGH, „dass der Rechtsanwalt

¹⁵¹ EuGH (Große Kammer), Rs. C-515/17 P und C-561/17 P, Uniwersytet Wrocławski/Exekutivagentur für die Forschung [REA], ECLI:EU:C:2020:73, Rn. 64.

einen unabhängigen Status haben muss, damit der von ihm geführte Schriftwechsel schutzwürdig ist, auf der spezifischen Vorstellung von der Funktion des Anwalts als eines Mitgestalters der Rechtspflege beruht, der in völliger Unabhängigkeit und in deren vorrangigem Interesse dem Mandanten die rechtliche Unterstützung zu gewähren hat, die dieser benötigt.“¹⁵² Die Qualifikation als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ zuerkannt wird, kennzeichnet diese Transmitterfunktion¹⁵³ und wird von der Generalanwältin mit Billigung des EuGH im Sinne von „Mitgestalter“ aufgefasst.¹⁵⁴ Die systemische Stellung der Rechtsanwälte im Rechtsstaat ist auch aus Sicht des EuGH also ein schutzwürdiger Belang.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen Kapitalbeteiligungen an Rechtsanwaltsgesellschaften diese Stellung über Gebühr beeinträchtigen, lässt ich nicht pauschal beantworten. Da die aktuelle Gesetzeslage dem Unionsrecht widerspricht, bestimmt sich die Antwort nach den Grundkoordinaten einer Neuregelung, unter anderem der Frage, welche Berufsträger außer Rechtsanwälten auch künftig an Berufsausübungsgesellschaften beteiligt sein dürfen und kraft ihrer Beteiligung Einfluss auf die Berufsausübung der Rechtsanwälte nehmen können. Will man dennoch grobe Leitmaßstäbe formulieren, kann Folgendes festgehalten werden:

- Kapitalbeteiligungen, die mit keinem höheren Stimmgewicht als das eines einzelnen Gesellschafters in einer größeren Berufsausübungsgesellschaft oder 10% verbunden sind, gehen in aller Regel nur mit einem unspezifischen Einfluss einher, der „dem Kapital selbst“ innewohnt, der sich von anderen finanziellen Bindungen dauerhafter Art nicht wesentlich unterscheidet. Zwar hält der EuGH fest, dass auch bei einer geringen Beteiligung die Entscheidung eines Kapitalgebers darüber, ob er sich finanziell engagieren will oder nicht, die Entscheidungen der Gesellschaftsorgane beeinflussen könne.¹⁵⁵ Der Kapitalbeteiligte hat in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten keine über die anwaltlichen Gesellschafter herausgehobene Position. Ein Verbot solcher geringfügigen Beteiligungen erscheint nicht verhältnismäßig.
- Nicht eindeutig ist das Bild bei Beteiligungen unterhalb von 50%. Die Verhältnismäßigkeit ihrer Untersagung hängt zum einen von den arrondierenden Regelungen, u.a. zur Stimmrechtsmehrheit, ab, aber auch von der gewählten Gesellschaftsform. Insbesondere die GmbH, die Sperrminoritäten nicht kennt, bietet Raum für flexible Kombinationen von Beteiligungsstrukturen und Sicherheitsmechanismen. Zum würde es zur Beurteilung von Gewicht und Relevanz der behaupteten Gefahren noch „Feldforschungen“ bedürfen. Solange Ungewissheiten verbleiben, wird der Gesetzgeber unter Berufung auf das Vorsorgeprinzip¹⁵⁶ eine Vermutung für ein

¹⁵² EuGH, Rs. 155/79, AM & S/Kommission, ECLI:EU:C:1982:157, Rn. 24; Rs. -550/07 P, Akzo Nobel, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 42.

¹⁵³ Vgl. dazu auch Kämmerer, DStR-Beih. 2019, 47 (50 ff.), sowie die Beiträge von Kilian und Ring im gleichen Heft.

¹⁵⁴ EuGH, Rs. -550/07 P, Akzo Nobel, Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, Nr. 48, 80 mit Fn. 38.

¹⁵⁵ EuGH, Rs. C-89/09, Kommission/Frankreich, ECLI:EU:C:2010:772, Rn. 86.

¹⁵⁶ Dazu Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Werkstand 81. EL Januar 2024, Art. 114 AEUV Rn. 145.

hohes Schadensrisiko der Kapitalbeteiligung ansetzen können. Es können jedoch Wege aufgezeigt werden, wie diese Vermutung entkräftet werden kann.

- Zweifel erscheinen angezeigt, inwieweit Beteiligungen, die über eine gerinfügige hinausgehen, ohne Weiteres untersagt werden können. Der EuGH hat es in einem Fall für „vertretbar“ gehalten, eine höhere Beteiligung als 25% (die bei der AG Sperrminoritäten eröffnen würde) zu untersagen, um die Unabhängigkeit von Berufsträgern zu schützen.¹⁵⁷ Dies legt im Gegenzug vor allem für niedrigere Beteiligungen Zweifel nahe, ob ihr Verbot ohne weiteres vertretbar ist oder nicht vielmehr, gepaart mit verstärkten Vorschriften für die Satzungsgestaltung, aufgehoben werden müsste. Es bestehen allerdings Restunsicherheiten, da bei Annäherung an bestimmte Beteiligungsschwellen (die für die einzelnen Gesellschaftsformen unterschiedlich bedeutsam sind) Allianzen mit Einzelgesellschaftern aus dem Anwaltsbereich gegen die Mehrzahl der anderen Gesellschafter gebildet werden können.
- Bei einer Mehrheitsbeteiligung eines Kapitalgebers an einer Berufsausübungsgesellschaft spricht vieles für die Proportionalität des Verbots. Selbst wenn kraft Gesetzes bestimmt würde, dass Freiberuflern bzw. Rechtsanwälten ungeachtet der Höhe der Beteiligung des Kapitalgebers stets die Mehrheit der Stimmrechte zustünde, wäre die faktische Kapitalabhängigkeit der Gesellschaft unter Unabhängigkeitsgesichtspunkten bedenklich. Jedenfalls ist es nicht als offensichtlich unionsrechtswidrig zu bewerten, wenn der Gesetzgeber eine solche Beteiligung nicht zulässt.

G. Rechtspolitische Vorschläge

Wie soeben dargelegt, hindern Unsicherheiten darüber, wie sich die Zulassung von Kapitalbeteiligungen unter welchen Parametern auf die unabhängige Stellung der Rechtsanwälte als Mitgestalter („Organ“) der Rechtspflege unter den Bedingungen des deutschen Berufs- und Gesellschaftsrechts über die allgemeine Wirkung von Kapitaleinflüssen hinaus auswirken könnten. Erfahrungswerte existieren wegen des Verbots dieser Tätigkeiten nicht, MVZ sind wenig vergleichbar. Unter diesen Umständen lassen sich mehrere Lösungsansätze erwägen: Der erste könnte besteht in der Übernahme eines erfolgreich erprobten Konzepts einschließlich seines Rechtsrahmens – also ABS oder ITS – in das deutsche Recht bestehen. Ein anderer Lösungsansatz respondiert auf die umschriebene Unsicherheitslage und auf Gefahrenanalysen im „Laborversuch“ – die sog. „Regulatory Sandbox“. Mögliche weitere Optionen sind befristete Kapitalbeteiligungen und Joint Ventures.

¹⁵⁷ EuGH, Rs. C-89/09, Kommission/Frankreich, ECLI:EU:C:2010:772, Rn. 86, 88.

I. ABS in Deutschland?

Wie bereits dargelegt, ist von Gefährdungen der anwaltlichen Unabhängigkeit infolge der Aufnahme von Kapitalgebern in ABSs oder der Zusammenarbeit mit Vertretern anderer Branchen in diesen Rechtsformen nichts bekannt geworden. Daraus lässt sich nicht ohne weiteres schließen, dass die Kapitalbeteiligung an deutschen Berufsausübungsgesellschaften i.S.v. §§ 59a ff. BRAO ebenfalls unbedenklich sei, da sich der Regulierungsrahmen des Zusammenwirkens im Vereinigten Königreich (das hier exemplarisch betrachtet werden soll) und Australien deutlich unterscheidet, wie ebenfalls gezeigt worden ist. Grundlage ist ein markt- und wettbewerbszentrierter Regulierungsansatz, welcher der Qualität des „Produktes“ (der Rechtsdienstleistung) den Vorrang gibt, wohingegen das deutsche Recht der Freiheit des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege höchste Priorität einräumt und die Qualität der Dienstleistung nur als deren Reflex in den Blick nimmt. Die berufliche Regulierung ist im deutschen System konsequenterweise als Selbstregulierung angelegt und den Kammern zugewiesen, wohingegen bei ABSs keine Selbstregulierung, sondern eine solche durch eine Aufsichtsbehörde, die Legal Services Authority, besteht.

Deutschland könnte sich für eine möglichst genaue Übernahme z.B. des britischen Konzepts entscheiden und die „Alternative Berufsausübungs-Struktur“ als Kooperations- und Beteiligungsform einführen, der allerdings – wie auch den MVZ – eine gesellschaftsrechtliche Struktur unterlegt sein müsste. Auf den ersten Blick wollen das britische und das australische Modell für die Regulierung der Rechtsberatungstätigkeit sehr fremdartig erscheinen. Tatsächlich sind sie dies nur in Maßen, wenn man sich vor Augen führt, dass es sich nicht um Regelungen betreffend Berufszulassung, Vorbehaltsaufgaben und Standesregeln – also den Kern des anwaltlichen Berufsrechts – handelt, sondern um Bestimmungen über die Rechtsberatung als Dienstleistung und ihre Organisation, die neben die letztgenannten Regelungen treten, ohne sie abzulösen. Dabei unterscheidet sich die Verantwortungsverteilung bei ILPs und ABSs gar nicht grundlegend von derjenigen in beruflichen Kooperationen, die nach deutschem Recht möglich sind, Berufsausübungsgesellschaften eingeschlossen. Da die höchstrichterliche Judikatur, wie bereits erwähnt, Restriktionen beruflichen Zusammenwirkens (jedenfalls zwischen Trägern Freier Berufe) mit der Begründung für rechtswidrig erklärt hat, dass die einzelnen Berufsträger an ihre berufsrechtlichen Pflichten auch innerhalb von Kooperationen weiter gebunden seien¹⁵⁸ und der Gesetzgeber nicht unterstellen dürfe, dass sie gewillt seien, sie zu missachten,¹⁵⁹ ist die Zulässigkeit von Meta-Strukturen wie ABSs damit gerade nicht ausgeschlossen. Vielmehr bildet die stärkere Akzentuierung individueller Pflichtenanknüpfung ein Vehikel für rechtliche Öffnungen, wie sie auch mit der Überformung der §§ 59a ff. BRAO im Jahre 2022 erfolgte: Auch wenn die Berufsausübungsgesellschaft selbst Trägerin von Rechten und Pflichten ist, bleibt vor allem der einzelne Berufsträger an sein Berufsrecht gebunden und wird durch dieses auch vor

¹⁵⁸ BVerfG, 1 BvR 2998/11, 1 BvR 236/12 = DStR 2014, 669 m. Anm. Kämmerer; BVerfG, NJW 2016, S. 70; ferner die Vorlage des AGH Baden-Württemberg, AGH 13/2018 II, dazu Kämmerer, DStR 2019, S. 1173, die sich jedoch erledigt hat, BVerfG, 1 BvL 8/18.

¹⁵⁹ BVerfGE 108, 150 (164); BVerfG NJW 2016, S. 700 Rn. 70.

Beeinträchtigungen geschützt. Gleiches gilt im britischen und australischen Recht, wo im Übrigen „undue influence“ auf Rechtsberatung untersagt ist.

Die britische und die australische Gesetzgebung differieren voneinander insoweit, als die Pflichten bei Letzterer stärker auf die Leitungsperson, bei Ersterer mehr auf die Entität, die Subjekt der Regulierung ist, bezogen sind (wenngleich auch hier die Leitungsperson in die Verantwortung genommen wird). Solche Konzentration rechtlicher Verantwortung auf Organpersonen kennt das in Kategorien juristischer Personen denkende deutsche Recht nicht. Hier findet sich eine Überlagerung rechtlicher Verantwortlichkeiten: Eine Berufsausübungsgesellschaft, die als Rechtsanwalts-gesellschaft agiert, ist nach geltendem Gesetz – neben den einzelnen in ihr tätigen Berufsträgern – Trägerin von Rechten und Pflichten nach dem anwaltlichen Berufsrecht (§ 59e BRAO). Nach § 59j Abs. 4 BRAO sind aber auch die „Mitglieder des Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgans [...] verpflichtet, für die Einhaltung des Berufsrechts in der Berufsausübungsgesellschaft zu sorgen.“ Daneben stehen Verantwortlichkeit bzw. Haftung nach den Maßstäben des Gesellschaftsrechts, aber auch die berufsrechtliche Verantwortlichkeit (vgl. § 113 Abs. 3 BRAO). ILPs und ABSs lassen die Kapitalbeteiligung nichtanwaltlicher und sogar nicht-freiberuflicher Akteure ohne Beschränkung zu, in der Berufsausübungsgesellschaft mit Rechtsanwälten ist sie verboten. Höbe man dieses Verbot auf, könnten die Pflichten der Gesellschaft gemäß § 59e BRAO und die der Mitglieder des Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgans gemäß § 59j Abs. 4 BRAO immer noch weiter Bestand haben und würden auch jene Organpersonen binden, die nicht Träger eines (rechtsberatenden) Freien Berufs bzw. nicht in der Gesellschaft aktiv sind.

Ein Paradigmenwechsel wäre mit der Einführung einer deutschen ABS nicht nur bei den Regulierungszielen verbunden, sondern auch bei der Regulierungsform: In dem Maße, wie sich die ABS als ein Zusammenwirken anwaltlicher und nicht-anwaltlicher Akteure darstellt (was jedenfalls bei Beteiligungen oberhalb von 25% anzunehmen wäre), passt die klassische Selbstregulierung nicht mehr recht. Die Unterstellung der Aufsicht unter eine unabhängige Wettbewerbsbehörde nach dem Muster der LSA liefere hingegen dem deutschen Verständnis von selbstverwalteten Freien Berufen zuwider, würde also einen Einschnitt in das überkommene System bedeuten. Gleiches gilt für das spezielle Muster der regulierten Selbstregulierung¹⁶⁰, das in der ABS und noch deutlicher in der ILP zutage tritt und bei der die Eigenverantwortung der Berufsausübungs-Entität für die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben auf eine einzige verantwortliche Person zugespitzt und konzentriert ist. Zu den flankierenden Sicherungen des britischen und des australischen Rechts gehört u.a., dass etwa der „principal“ der ILP ein „legal professional“ sein muss. Auch diese Verantwortungskonzentration auf einen einzelnen Ansprechpartner, auf welche die Aufsichtsmechanismen wiederum zugeschnitten sein müssen, ist dem deutschen Recht, insbesondere dem anwaltlichen Berufsrecht, bisher fremd.

¹⁶⁰ Dazu statt vieler Schulz/Dreyer, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar Rundfunkrecht, 5. Aufl. 2024, § 1 JMStV Rn. 31 ff.

Eine von den Kammern differente Aufsichtsbehörde mit deren Selbstregulierung¹⁶¹ (die in Bezug auf die Rechtsanwälte nach wie vor Bestand hätte und haben müsste) mit den ABS-bezogenen Anforderungen einer Markt- und Wettbewerbsregulierung in einen sinnvollen Ausgleich zu bringen, wäre eine rechtskonzeptionelle Herausforderung. Die Kammern selbst könnten mit Aufgabe der „Fremdregulierung“ über die ABS zwar theoretisch betraut werden, müssten dafür jedoch mit den nötigen personellen und sachlichen Mitteln ausgestattet werden. Der Umstand, dass derzeit die tatsächliche Mitwirkung eines Gesellschaftsbeteiligten in einer Berufsausübungsgesellschaft nicht überprüft wird, deutet freilich nicht darauf, dass die Kammern schon jetzt zu dieser Aufgabe fähig wären; es bedürfte eines Wandels nicht nur beim Regulierungsansatz, sondern auch bei der Regulierungskultur.

II. Joint Ventures

Nachzudenken wäre über ein „Outsourcing“ der Kapitalbeteiligung aus der Berufsausübungsgesellschaft und damit auch aus dem anwaltlichen Berufsrecht heraus. Die Gründung von und Beteiligung an Parallelgesellschaften ist durch das Berufsrecht nicht untersagt.¹⁶² Eine als Berufsausübungsgesellschaft konstituierte Kanzlei kann sich also an einem Legal-Tech-Unternehmen beteiligen oder gemeinsam mit ihm eine Drittgesellschaft (Joint Venture) betreiben, um z.B. für Kanzleien oder speziell diese Kanzleien Software zu entwickeln. Im Verhältnis zur Berufsausübungsgesellschaft ist diese Parallelgesellschaft aber kapitalgebender Dritter und selbst dann, wenn in der Berufsausübungsgesellschaft tätige Rechtsanwälte (neben oder anstelle der Berufsausübungsgesellschaft) an ihr beteiligt sind, nach geltendem Recht nicht befugt, Anteile an der Berufsausübungsgesellschaft zu halten. Die Joint-Venture-Option bietet also keine echte Möglichkeit für Drittkapitalgeber, auf das Gebaren der Berufsausübungsgesellschaft einzuwirken; eher ist das Umgekehrte der Fall. Jedenfalls ist erforderlich, dass die Berufsausübungsgesellschaft und/oder ihre Mitglieder, um dieses – für Innovationen durchaus attraktive – Modell zu implementieren, Kapital aufwenden müssen, anstatt, wie bei direkter Fremdkapitalbeteiligung, benötigtes Kapital zu erhalten. Insofern lässt es sich, was die Deckung der Bedarfe gibt, mit sonstigen Optionen nicht vergleichen.

III. Befristete Beteiligung mit Rückfallklausel oder Rückkaufoption

Der Gesetzgeber könnte der Tatsache Rechnung tragen, dass Kanzleien Investivkapital für Phasen der Erweiterung und Innovation benötigen, und eine reine Kapitalbeteiligung mit zeitlicher Begrenzung (der Wirkung des Gesetzes, aber auch der jeweiligen Beteiligung – beispielsweise 10 oder 15 Jahre) und in einem Umfang bis zu 25% gestatten. Es könnte vorgegeben werden, dass bei Ablauf dieser Zeit der Gesellschaftsanteil des Kapitalgebers anteilig an die Freiberufler-Gesellschafter zurückfällt, oder auch nur, dass diese mit Wirkung für diesen Zeitpunkt (jeweils

¹⁶¹ Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 352 ff. Mann, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2008, § 146 S. 1208f.; Horn, in: DAV (Hrsg.), Anwälte und ihre Geschichte, 2011, S. 138, S. 638.

¹⁶² Vgl. Christoph, AnwBl. Online 2022, 94 (96) mit Verweis auf Hellwig, AnwBl. Online 2020, 260 (263).-

anteilig oder gemeinsam) das Recht haben, den Gesellschaftsanteil des Kapitalgebers wiederzuerwerben. Die Weiterveräußerung der Anteile müsste an die Zustimmung der Mehrheit der anderen Gesellschafter gebunden sein.

IV. Regulierung auf Probe („Regulatory Sandbox“ oder „Reallabor“)

Eine „Sandkasten-Regulierung“ bietet sich an, wo erstens über die Auswirkungen eines Produkts oder – wie hier – einer Kooperationsform – eine strukturelle Unsicherheitslage vorliegt und zweitens zugleich Bedarf für Innovationsförderung besteht.¹⁶³ Die EU selbst hat das Instrument der „Regulatory Sandboxes“ selbst bereits genutzt; ein Beispiel ist die Verordnung (EU) Nr. 2022/858 vom 30.5.2022 über eine Pilotregelung für auf Distributed-Ledger-Technologie basierende Marktinfrastrukturen.¹⁶⁴ Der Bundesgesetzgeber plant, ein Reallabor in der ZPO einzuführen.¹⁶⁵ Reallabore können auf gesetzlicher Grundlage durch Behörden (ggf. unter Einsatz von Verwaltungsverträgen) oder auch unmittelbar durch Gesetz geschaffen werden.¹⁶⁶

Beide Voraussetzungen – Wirkungsunsicherheit und Innovationsbedürfnis – liegen hier vor: Die mit (reinen) Kapitalbeteiligungen verbundenen Gefahren werden kontrovers beurteilt, sind schwer zu fassen, empirische Analysen fehlen; die Übertragbarkeit der für den angelsächsischen Raum erhobenen Befunde, die eher Entwarnung signalisieren, auf den deutschen berufsrechtlichen Kontext ist ebenfalls unsicher. Zugleich haben die Umfragen, wie eingangs dargelegt, bei einer hohen Zahl von Kanzleien einen signifikanten Bedarf an Innovation im Bereich Digitalisierung/KI bestätigt. Es verwundert insofern nicht, dass die Idee zur Einrichtung einer „Regulatory Sandbox“ auch im Zusammenhang mit der automatisierten Erbringung von Rechtsdienstleistungen aufgebracht wurde, und zwar sowohl mit Blick auf Bestimmungen des RDG als auch solche der BRAO – allerdings, ohne Konturen anzunehmen.¹⁶⁷ Da hinsichtlich der Gefahren, die einer reinen Kapitalbeteiligung attestiert werden, ein hohes Maß an Unsicherheit besteht, und auch unklar ist, ob der Beteiligungsumfang bzw. die Beteiligungsschwelle sich auf die Gefahren signifikant auswirken, würde sich die Kapitalbeteiligung an Berufsausübungsgesellschaften für eine „Regulatory Sandbox“ eignen.¹⁶⁸ Es könnte z.B. einer begrenzten Zahl von Berufsausübungsgesellschaften, insbesondere Rechtsanwaltsgesellschaften, die Möglichkeit eröffnet werden, auf legalem Wege einen Kapitalgeber-Gesellschafter aufzunehmen, ggf. mit einer Begrenzung der Höhe des Gesellschaftsanteils und/oder der Dauer des Gesellschafterstatus (wie in Option 1). Um keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1

¹⁶³ Krönke, JZ 2021, S. 434 (435 f.); Spindler/Büning, JZ 2023, S. 799 (799 f.).

¹⁶⁴ ABl. Nr. L 151 v. 2.6.2022, S. 1.

¹⁶⁵ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Entwicklung und Erprobung eines Online- Verfahrens in der Zivilgerichtsbarkeit, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_Erprobungsgesetz_Zivilprozess.html (zuletzt abgerufen: 4.8.2024).

¹⁶⁶ Näheres Spindler/Büning, JZ 2023, S. 799 (800 f.) m.w.N.

¹⁶⁷ Vgl. Schmitz et al., Analyse der Potentiale und rechtlichen Umsetzungsmöglichkeiten von KI-Reallaboren auf europäischer und nationaler Ebene unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs der Europäischen Kommission für einen KI-Rechtsrahmen, Gutachten, 2022, Teil I, S. 67 ff., Teil II, S. 34 f. https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/gutachten-noerr-reallabore.pdf?__blob=publicationFile&v=6, zuletzt abgerufen: 30.7.2024.

¹⁶⁸ So bereits Hartung, RDt 2021, S. 421 (424 f.).

GG) zu riskieren, müsste diese Option theoretisch allen Berufsausübungsgesellschaften zu ähnlichen Bedingungen offenstehen bzw. ein faires Zuteilungsverfahren für die knappen „Sandkastenplätze“ gesichert sein. Nach Abschluss des Pilotprojekts würde eine Auswertung erfolgen, um zu evaluieren, ob und in welchem Umfang sich vermutete Gefahren realisiert haben und wie ihnen ggf. mit Mitteln der Regulierungsgesetzgebung begegnet werden kann.

Wie gut sich die „Regulatory Sandbox“ für die Erprobung von Kapitalbeteiligungen an Berufsausübungsgesellschaften eignet, muss zumindest mit einem kleinen Fragezeichen versehen werden. Die Effekte einer Kapitalbeteiligung auf die Ausübung eines Freien Berufs lassen sich nur mittel- bis langfristig sicher bestimmen, was eine ausgedehntere Erprobungsphase erfordern dürfte; Kapitalbedarf vieler Kanzleien besteht vor dem Hintergrund aktueller Innovationen (KI) aber in naher Zukunft. Ob eine Erprobungsphase von zwei Jahren, wie sie der District of Columbia bei Fremdeigentümerschaft von Kanzleien beschlossen hat¹⁶⁹, belastbare Ergebnisse hervorbringen kann, ist fraglich. Insofern wäre möglicherweise nicht allen Berufsausübungsgesellschaften damit geholfen, die Erfahrungen mit der „Regulatory Sandbox“ abwarten zu müssen. Hinzu kommt, dass die Gefahrenlage, wie gezeigt, diffus ist. Um einen aussagekräftigen Befund zu erbringen, müsste eine Pilotregulierung konzeptionell gut durchdacht sein. Und schließlich muss das Konzept der „Sandbox“ in das System des deutschen Berufsrechts eingepasst sein, dessen Aufsichtssystem auf der Selbstregulierung mithilfe berufsständischer Kammern beruht und die Unabhängigkeit der Berufsausübung an die erste Stelle rückt. Im Einklang mit diesem Konzept übt auch die Berufsausübungsgesellschaft einen Freien Beruf aus. Hier stellt sich, wenn auch nicht in gleicher Schärfe wie bei einer Dauerregelung, die Frage nach der effizienten Zuweisung der Aufsichtszuständigkeit (siehe oben I.). Auch das Aufsichtskonzept muss integraler Bestandteil der Sandbox sein.

Überlegenswert erscheint insbesondere die Einrichtung einer „Sandbox“ für Kapitalbeteiligungen von (Rechtsschutz-)Versicherungen. Gegen sie wird im Schrifttum und auch seitens der Kammern die Interessendivergenz angeführt, die zwischen Rechtsanwälten und Versicherung besteht: Die Versicherung betrachte alle mit einer Rechtssache verbundenen Kosten als Schaden und damit zu minimierende Sollposition, wohingegen das Wirken des Rechtsanwalts darauf gerichtet sei, den maximalen Betrag für seine Mandanten herauszuholen.¹⁷⁰ Dagegen könnte man jedoch seitens der Versicherer einwenden, dass diese Maximierung erstens (über die Verfahrensgebühren) vornehmlich den Rechtsanwälten selbst nutzt, da sie erfolgsunabhängig ist, und dass sich zweitens mit steigender Zahl kostenintensiver, aber erfolgloser Verfahren die Versicherungspolice und damit die Rechtsverfolgung für die Mandanten verteuern. Aus Sicht der Versicherer könnte eine Beteiligung an einer Rechtsanwalts-gesellschaft insofern ein Hebel

¹⁶⁹ Vgl. Sapere Research Group (Hrsg.), Alternative business structures and multi-disciplinary practice, Working Paper, 2023, S. 13, <https://legalframeworkreview.org.nz/wp-content/uploads/2023/03/WP-11-Alternative-Business-Structures-and-Multi-Disciplinary-Practices-final.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.7.2024.

¹⁷⁰ Vgl. nur: Universität Hannover, Juristische Fakultät, Fremdbesitzverbot an Anwaltskanzleien: Professor Dr. Christian Wolf im Interview zu seiner Prozessvertretung vor dem EuGH, <https://www.jura.uni-hannover.de/de/news-veranstaltungen/neuigkeiten/aktuelles-detailansicht/news/fremdbesitzverbot-an-anwaltskanzleien-professor-dr-christian-wolf-im-interview-zu-seiner-prozessvertretung-vor-dem-eugh-verfahren>, zuletzt abgerufen: 4.8.2024.

sein, um einen für die Mandanten und sie selbst „bezahlbaren“ Zugang zum Recht zu gewährleisten. Welcher Seite Bedenken tragfähiger sind, könnte im Rahmen einer „Regulatory Sandbox“ ermittelt werden. Die Kapitalbeteiligung von Rechtsschutzversicherungen erscheint „systemnäher“ als diejenige anderer nicht-freiberuflicher Dritter, weil sie dem gleichen „Sektor“ – Rechtsschutz – wie Rechtsanwälte zugehören. Insofern kann der Grundgedanke des § 95 SGB V, der Kapitalbeteiligte nur aus dem medizinischen Bereich zulässt, auf den Rechtsschutz übertragen werden. Probleme bei der technischen Umsetzung könnten sich allerdings mit Blick auf die Aufsichtsmechanismen ergeben. Als Versicherungsunternehmen (§ 7 Nr. 33 VAG) wird die Rechtsschutzversicherung durch die BaFin (§ 320 Abs. 1 Nr. 1 VAG) beaufsichtigt; demgegenüber untersteht die Rechtsanwaltsgesellschaft der berufsrechtlichen Selbstregulierung durch die zuständige Kammer und damit einem anders gelagerten, nicht marktbezogenen Aufsichtskonzept. Beide Systeme innerhalb eines einzigen Rechtsträgers in Einklang zu bringen, ohne einerseits die freiberufliche Selbstverwaltung und andererseits den Schutz der Märkte vor Gefahren zur Disposition zu stellen, ist eine konzeptionelle Herausforderung an das Recht.

Dem Grunde nach würde die „Regulatory Sandbox“ nach alledem gut ins Konzept passen, ihre Verwirklichung ist praktische und rechtskonzeptionell allerdings anspruchsvoll. Wer solche Herausforderungen scheut, kann allenfalls versuchen, über eine kategoriale Binnendifferenzierung des anwaltlichen Berufs Ausübungsvarianten zu erleichtern, die Kooperationen mit nicht-anwaltlichen Dienstleistern im Einzelfall erleichtern, im Übrigen aber Grundlagen der anwaltlichen Berufsausübung unberührt lassen – wie z.B. derzeit Norwegen, wo die Öffnung für Kapitalbeteiligungen vorerst gescheitert ist, mit der Schaffung des „Versicherungsanwalts“.¹⁷¹ Eine solche Binnendifferenzierung ließe sich konzeptionell auch ohne eine „Sandbox“ verwirklichen.

H. Zusammenfassung

I. Ausgangsfragen und Befunde zur Rechtslage

1. Inhalt und Ziel dieses Gutachtens: Das Gutachten befasst sich vor dem Hintergrund eines beim EuGH anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens mit der Vereinbarkeit der sog. „Fremdbesitzverbote“ der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) mit dem Europäischen Unionsrecht. Während das Vorabentscheidungsverfahren noch auf die alte Fassung der §§ 59a ff. BRAO Bezug nimmt, fokussiert das Gutachten die durch das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts von 2021 hergestellte Rechtslage. Die hier präziser, aber auch umfassender als Fremdbeteiligungsverbote bezeichneten „Fremdbesitz“-Regelungen umschließen das sich indirekt aus § 59b BRAO ergebende Verbot, ohne aktive berufliche Mitwirkung Gesellschafter einer

¹⁷¹ Im Zuge der (maßvollen) Reformen des Rechtsdienstleistungssystems in Norwegen wurde dort im Zuge der parlamentarischen Beratungen die Kategorie des „Versicherungsanwalts“ eingeführt, der für Kunden der Versicherung anwaltlich tätig wird. Dieses Modell – bei dem der Anwalt gleichsam in die Versicherung eintritt und nicht, wie hier, die Versicherung in die Rechtsanwaltsgesellschaft – ermöglicht gleichfalls eine in Deutschland bisher so nicht zulässige Intensität der Kooperation. Details dazu sind noch nicht festgelegt (Quelle: Auskunft von Advokatenforeningen an den Verf. im Mai 2024).

Berufsausübungsgesellschaft bzw. Rechtsanwaltsgesellschaft zu sein, und die in § 59i BRAO verankerten Verbote indirekter bzw. partiarischer Teilhabe. Im weiteren Sinne als Verbot der Fremdbeteiligung lässt sich insoweit auch § 59c Abs. 1 BRAO verstehen, als er Akteure, die keinen Freien Beruf i.S.v. § 1 Abs. 2 PartGG ausüben, von der Teilhabe an Rechtsanwaltsgesellschaften als „wesensfremd“ kategorial ausschließt. Gewerbliche oder handwerkliche Akteure (darunter auch Legal-Tech-Anbieter oder Rechtsschutzversicherer) sind also unabhängig von der Mitwirkung als Gesellschafter ausgeschlossen, während freiberufliche Akteure unter der Voraussetzung einer – in Art und Umfang nicht spezifizierten – Mitwirkung gesellschafterfähig sind. Die Untersagung einer Beteiligung am wirtschaftlichen Ergebnis der Kanzlei gemäß § 27 BORA kann bei verfassungskonform restriktiver Auslegung nicht über diese gesetzlichen Regelungen hinausgehen und stellt kein selbständiges Verbot dar.

2. Die Verbote der Fremdbeteiligung nach geltender Rechtslage: Durch das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts von 2021 wurde im Recht der Rechtsanwälte, Steuerberater und Patentanwälte die interprofessionelle Berufsausübungsgesellschaft eingeführt und eine Beteiligung an dieser grundsätzlich allen Freiberuflern i.S.v. § 1 Abs. 2 PartGG gestattet (vgl. § 59c BRAO für die Rechtsanwaltschaft). „Rechtsanwaltsgesellschaft“ ist, anders als zuvor, nurmehr eine besondere Bezeichnung der Berufsausübungsgesellschaft, die geführt werden darf, wenn die Anteils- und Stimmrechtsmehrheit bei dieser Berufsgruppe liegen (§ 59p BRAO). Durch eine Reihe gesetzlicher Vorgaben soll gewährleistet werden, dass die Rechtsanwälte ihren Beruf in voller Unabhängigkeit wahrnehmen können; dazu zählen auch die Bindung der Berufsausübungsgesellschaft und die (indirekte, durch Satzungsgestaltung bewirkte) Bindung nichtanwaltschaftlicher Freiberufler an das anwaltliche Berufsrecht. Demgegenüber besteht auch unter neuem Recht keine Beteiligungsmöglichkeit für gewerbliche Akteure oder bloß Kapitalbeteiligte, selbst wenn es sich um Personen mit Rechtsanwaltszulassung handelt. In der Praxis wird minimale Aktivität (z.B. ein kleines Mandat) allerdings für ausreichend gehalten bzw. die praktische Mitwirkung durch die Kammern nicht überprüft, sodass eine (nahezu) reine Kapitalbeteiligung unter der Voraussetzung, dass sie von einem Freiberufler i.S.v. § 1 Abs. 2 PartGG kommt, faktisch nicht ausgeschlossen ist.

3. Zulassung von Kapitalbeteiligungen an „Law Firms“ in anderen Ländern: Während Deutschland auch nach der Reform von 2021 am Verbot jeder Kapitalbeteiligung an Berufsausübungsgesellschaften festhält, haben vor allem Länder des anglo-amerikanischen Rechtskreises sich in den letzten ca. anderthalb Jahrzehnten für sie geöffnet. Im Vereinigten Königreich (England und Wales) ermöglicht seit 2007 die Alternative Business Structure (ABS) das Zusammenwirken von Rechtsanwälten mit Akteuren aller Art. Nach diesem Muster haben auch amerikanische Bundesstaaten wie z.B. Arizona in den späten 2010er Jahren mit der Einführung von ABSs begonnen. In Australien wird die Möglichkeit umfassender, Kapitalbeteiligungen einschließender Kooperationen durch die Incorporated Legal Practice (ILP) eröffnet, die auf der Basis eines Mustergesetzes seit 2014 in allen Bundesstaaten eingeführt wurde. Alle diese Modelle lassen das Berufsrecht der involvierten Rechtsanwälte und ihre berufsständische Selbstorganisation unberührt. Sie folgen einem Muster der „regulierten Selbstregulierung“, bei dem die

Verantwortung für die Einhaltung der normativen und administrativen Vorgaben bei einer verantwortlichen Person im ABS bzw. ILP zusammenläuft, die wiederum Adressatin der behördlichen Maßnahmen ist. Jedenfalls in England und Wales wacht über die ABSs eine spezielle Aufsichtsbehörde; es handelt sich nicht um berufsständische Selbstregulierung, sondern um eine auf Verbesserung der Dienstleistungsqualität und der Erschwinglichkeit der Rechtsdienstleistungen ausgerichtete Marktregulierung. Eine eindeutige Verbesserung in diesem Sinne konnte in Studien nicht nachgewiesen werden, eine eindeutige Verschlechterung oder gar Erosion der Rechtspflege oder der Unabhängigkeit der Anwaltschaft allerdings auch nicht. In Kontinentaleuropa gab es vor allem in den nordischen Staaten Bestrebungen, Kapitalbeteiligungen zu erlauben, doch konnten sie sich, wie das Beispiel Norwegen zeigt, politisch bis jetzt nicht durchsetzen.

4. Gründe für ein Interesse für Kapitalbeteiligungen an Rechtsanwaltsgesellschaften: Die auch den Rechtsdienstleistungsmarkt erfassende Digitalisierung und der Einsatz von KI generieren Kapitalbedarf, zu dessen Deckung wiederum darauf spezialisierte Dienstleister (Software-Entwickler, Legal-Tech-Unternehmen) zur Verfügung stehen. Auch Rechtsschutzversicherer haben ein Interesse daran, über institutionelle Verbindungen mit Rechtsanwälten die Rechtsverfolgung stärker zu „kanalisieren“, und Rechtsanwälte umgekehrt, durch ständige Partner ein gesichertes Auskommen zu haben. Ein Teil der Rechtsanwaltschaft sieht die durch Beteiligung von Fremdkapitalträgern mögliche Expansion für notwendig an, um im internationalen Wettbewerb mithalten. In der Rechtsanwaltschaft wird das „Fremdbesitzverbot“, wie eine vom BMJ dazu in Auftrag gegebene Umfrage bestätigt, kontrovers aufgenommen, wobei die Befürwortung mit der Kanzleigröße tendenziell zunimmt. Die Ablehnung wird nicht zuletzt mit Gefahren einer Kapitalbeteiligung für die anwaltliche Berufsausübung begründet.

5. Gefahrenpotenzial von Kapitalbeteiligungen: Die Behauptung, Kapitalbeteiligungen Externer an Berufsausübungsgesellschaften gefährdeten die unabhängige Ausübung des anwaltlichen Berufs und die Rechtspflege, ist in dieser Allgemeinheit zu undifferenziert. Eine „mandatsbezogene“ Gefahr, also die Gefahr, dass Mandate nicht mehr unabhängig, in Vertraulichkeit und Verschwiegenheit wahrgenommen werden können, besteht in der Regel nicht. Dem Grunde nach können Kapitalbeteiligungen mit „kanzleibezogenen“ Gefahren verbunden sein – wie finanzielle Bindungen generell –, die aus dem Kapitaleinfluss an sich, den Gesellschafterrechten des Kapitalbeteiligten und dessen eigenen unternehmerischen Interessen resultieren. Die genaue Gewichtung dieser Gefahren fällt mangels empirischer Befunde und beschränkter Übertragbarkeit der Erkenntnisse zu MVZ und aus dem anglo-amerikanischen Raum nicht leicht. Prinzipiell sind für die Gefahreinschätzung die Gesellschaftsform und der Gesellschaftsanteil des Kapitalbeteiligten von Bedeutung, der ihm z.B. eine Sperrminorität verschaffen kann. Die pauschale Aussage, dass Kapitalbeteiligungen stets hochgefährlich seien, ist jedenfalls unzutreffend, schon deswegen, weil die BRAO die Berufsausübungsgesellschaft selbst und die nicht-anwaltlichen Berufsträger an das anwaltliche Berufsrecht bindet (was auch zu erwarten wäre, wenn sich das Berufsrecht für Kapitalbeteiligungen öffnen würde).

6. Medizinische Versorgungszentren als Menetekel?: Für die Gefahren von Kapitalbeteiligungen wird gern auf Medizinische Versorgungszentren (MVZ) hingewiesen, wo zwar direkte Kapitalbeteiligungen nur einem sehr engen Kreis von Nicht-Ärzten gestattet sind, indirekte Kapitalbeteiligungen über Beteiligungen von Krankenhäusern aber praktisch unbegrenzt, mit der Folge, dass Finanzinvestoren zahlreiche Arztpraxen auf diese Weise erworben haben. Was als nach verbreiteter Ansicht ein Ausverkauf wichtiger Einrichtungen der Gesundheitsversorgung an Finanzinvestoren gewesen ist, hat jedenfalls nicht zu Lücken bei der Gesundheitsversorgung geführt. Die Erfahrungen mit MVZ erlauben darüber hinaus schon insoweit nur begrenzte Schlüsse auf die Situation für den Fall der Zulassung von Kapitalbeteiligungen an Rechtsanwaltsgesellschaften, als die kassenärztliche Tätigkeit im streng sozialversicherungsrechtlich durchnormierten System wirtschaftlich betrachtet nur noch rudimentär eine freiberufliche ist. Hinzu kommt, dass die innovationsgetriebenen Kapitalbedarfe eines medizinischen Dienstleisters in anderen Größenordnungen liegen als die einer Anwaltskanzlei. Die Anforderungen an die Beteiligung an einem MVZ sind immer weiter verschärft worden. Ob und ab wann Investoren langfristig eine Gefahr für die effiziente Gesundheitsversorgung darstellen, lässt sich insofern nicht sicher feststellen.

II. Vereinbarkeit der Fremdbeteiligungsverbote mit Europäischem Unionsrecht

7. Die Vorabentscheidungssache „Halmer“: Die Blaupause für dieses Gutachten bildet eine Vorabentscheidung, welche der Anwaltsgerichtshof (AGH) München vom EuGH zur Zulässigkeit von Kapitalbeteiligungen begehrte (Rechtssache „Halmer“). Das Ausgangsverfahren betrifft die mehrheitliche Beteiligung einer nicht zur Erbringung anwaltlicher Dienstleistungen in Deutschland zugelassenen österreichischen GmbH an einer Anwaltsgesellschaft unter bis 2022 geltendem Recht. Der AGH fragt nach der Vereinbarkeit der anwendbaren Bestimmungen der BRAO in der damals geltenden Fassung mit der Kapitalverkehrsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit i.S.d. Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie und, hilfsweise, der Niederlassungsfreiheit. In den letzten beiden Punkten sind die Fragen nicht schlüssig, da Art. 15 der Richtlinie die Niederlassungsfreiheit und nicht die Dienstleistungsfreiheit regelt. Der Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona stellt in seinen Schlussanträgen konsequenterweise die Niederlassungsfreiheit in den Mittelpunkt der Betrachtung (der gegenüber die Kapitalverkehrsfreiheit untergeordnete Bedeutung habe). Die bis 2022 geltenden gesetzlichen Regelungen werden für inkohärent befunden, u.a. weil für Rechtsanwälte kein Mindestmaß beruflicher Betätigung vorgegeben werde und das Vorliegen einer beruflichen Betätigung auch nicht kontrolliert werde. In der Erweiterung des Kreises der gesellschaftsfähigen Personen durch Neufassung des § 59c BRAO sieht der Generalanwalt eine faktische Behebung – damit aber auch Bestätigung – der bis dahin bestehenden Inkohärenz, attestiert den Regelungen aber zugleich das Fehlen ausreichenden Schutzes gegen den Einfluss von Fremdkapital auf die freie anwaltliche Berufsausübung. Insofern erscheinen die Schlussanträge selbst in sich nicht vollkommen schlüssig.

8. Einschlägige Grundfreiheiten: Fremdbeteiligungsverbote sind nach hier vertretener Ansicht je nach Konstellation entweder allein an der Kapitalverkehrsfreiheit, an der Niederlassungsfreiheit oder an der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit gleichermaßen zu prüfen. Ausschließlich die Kapitalverkehrsfreiheit ist anwendbar auf Kapitalerwerbe, die keinen wesentlichen Einfluss auf die Gesellschaft vermitteln, was in der Regel bei einem Anteil unter 25% anzunehmen ist. Oberhalb dieses Betrags handelt es sich um eine Direktinvestition, die zugleich der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit unterliegt. Nur die Kapitalverkehrsfreiheit ist hingegen anwendbar, wenn die Investition über eine EU-Außengrenze hinweg erfolgt, und nur die Niederlassungsfreiheit, allerdings dann nicht von Primärrechts wegen, sondern nur nach Maßgabe der EG-Dienstleistungsrichtlinie (DLRL), wenn sich die Investition innerhalb ein und desselben Mitgliedstaats vollzieht. Nach diesen Maßstäben ist auf die Rechts-sache „Halmer“ die Niederlassungsfreiheit anwendbar, wobei dem Art. 49 AEUV die speziellen Regelungen in Art. 15 DLRL vorgehen, außerdem – allerdings ohne Unterschied im Ergebnis – aber auch Art. 63 Abs. 1 AEUV.

9. Die Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie: Die Dienstleistungsrichtlinie führt Kapitalbeteiligungsverbote nicht in „schwarzen Listen“ verbotener Klauseln auf, sondern gibt den Mitgliedstaaten in Art. 15 Abs. 2 lit. c, 3 nur auf, „Anforderungen im Hinblick auf die Beteiligungen am Gesellschaftsvermögen“ auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Dieses Prüfungserfordernis wird durch Art. 25 DLRL flankiert, aus dem sich ergibt, dass Multidisziplinarität einer beruflichen Verbindung der Zulässigkeit einer Niederlassung in einer solchen grundsätzlich nicht entgegenstehen soll. Dem kann auch nicht Art 11 Abs. 5 der Richtlinie 98/5/EG entgegengehalten werden; diese Bestimmung knüpft lediglich an den Fall an, dass ein Mitgliedstaat die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einer Gruppe untersagt, der „standesfremde Personen“ angehören, sagt aber nicht aus, wann der Mitgliedstaat zu einer solchen Untersagung berechtigt ist.

10. Verhältnismäßigkeit: Sowohl nach Primärrecht (Art. 52 AEUV) als auch gemäß Art. 15 Abs. 3 lit. b DLRL müssen Beschränkungen durch zwingende Gründe des Gemeininteresses – hier: Schutz der Rechtspflege, Unabhängigkeit der freien Berufsausübung und der Mandantenbeziehung – gerechtfertigt und im Lichte dieser rechtfertigenden Gründe insbesondere verhältnismäßig sein (lit. c). Dies schließt ihre Eignung, Erforderlichkeit (mildestes geeignetes Mittel) und Proportionalität (Nr. 13) ein. Die Geeignetheit der Regelungen umfasst insbesondere ihre Kohärenz (Nr. 11), das heißt, das legislative Ziel darf nicht an anderer Stelle durch ihm konträre Regelungen ausgehebelt werden.

11. Kohärenz: Die bestehenden gesetzlichen Regelungen, welche die reine Kapitalbeteiligung an Berufsausübungsgesellschaften verbieten, sind inkohärent, somit nicht geeignet zur Abwehr von Gefahren für die Unabhängigkeit der Rechtsanwälte und die geordnete Rechtspflege, und verletzen somit die Niederlassungs- bzw. Kapitalverkehrsfreiheit. Die Kohärenz des gesetzlichen Verbots der Kapitalbeteiligung Dritter ist unter zwei Aspekten nicht gewährleistet:

- Erstens sind andere Formen der Einbringung von Kapital als die Einlage durch Gesellschafter allen Personen erlaubt, wohl bis hin zur Ausgabe von Schuldverschreibungen (Bonds). Zwar erlauben diese keine aktive Einflussnahme auf Entscheidungen der Gesellschaft, doch ist dies bei partiarischen Beteiligungen auch nicht der Fall. Wenn auch langfristige Darlehen zugelassen werden, für die regelmäßig Zinsen entrichtet werden müssen, erscheint es widersinnig, eine Gewinnbeteiligung auszuschließen, die im wirtschaftlichen Ergebnis nichts anderes bewirkt.
- Zweitens erlaubt das Gesetz seit 2022 nicht nur Rechtsanwälten, sondern einer Vielzahl von Berufen eine Mitwirkung in Berufsausübungsgesellschaften, die zwar mit einer aktiven Mitwirkung verbunden sein muss. Dies legt nicht nur die (hier nicht vertiefte) Frage nach der Schlüssigkeit einer Regelung wie § 59c Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BRAO nahe, die nicht reglementierte, nicht gesetzlich regulierte und nicht verkammerte Berufe (was auf einige der in § 1 Abs. 2 PartGG zutrifft) als aktiv mitwirkenden Gesellschafter einer Rechtsanwaltsgesellschaft akzeptieren, gewerbliche Berufe aber ausnahmslos ausschließt. Vor allem stellt sich die Frage nach der Eignung einer Ausschlussregelung von reinen Kapitalbeteiligungen vor dem Hintergrund, dass sie über die Hintertür der Rechtspraxis beim Umgang mit Anteilseignern i.S.v. § 1 Abs. 2 PartGG wieder aufgeweicht wird. Selbst wenn eine minimale berufliche Aktivität in der Gesellschaft künftig von den Kammern durchgesetzt würde, müsste sich die Frage stellen, warum diese Minimaltätigkeit und die bloße Kapitalbeteiligung unter Gefahren Gesichtspunkten diametral unterschiedlich bewertet werden, und warum an dieser unterschiedlichen Bewertung auch dann festgehalten wird, wenn der minimal Tätige einen nicht regulierten und nicht rechtsberatenden, wenngleich nur eben nach deutschem Verständnis nicht gewerblichen Beruf ausübt.

12. Beseitigung der Inkohärenz: Theoretisch kann der Gesetzgeber die Inkohärenz seiner Regelungen auf drei möglichen Wegen beseitigen, die jedoch rechtspolitisch und wegen rechtlicher Folgeprobleme nicht alle gleichermaßen gangbar sind. Er könnte erstens die bei § 59c Abs. 1 BRAO vorgenommenen Öffnungen für Beteiligungen an Berufsausübungsgesellschaften wieder zurückbauen, müsste dann aber die Verhältnismäßigkeit dieser auch rechtspolitisch problematischen neuen Reglementierung formalisiert darlegen. Er könnte zweitens die Flucht nach vorn antreten und Kapitalbeteiligungen in dem Umfang erlauben, bis Kohärenz hergestellt ist, muss dabei allerdings prüfen, ob die freie anwaltliche Berufsausübung noch gewährleistet ist. Oder er kann – drittens – die Kohärenz dadurch wiederherstellen, dass die Anforderungen an die aktive Mitwirkung in einer Berufsausübungsgesellschaft erheblich verschärft werden, was allerdings auf praktische Schwierigkeiten stoßen kann.

13. Erforderlichkeit und Proportionalität der Verbote: Falls der Gesetzgeber an Verboten oder Beschränkungen der Kapitalbeteiligung weiter festhalten will, müssen diese als Beschränkungen der Grundfreiheiten erforderlich und proportional (nicht übermäßig) sein, der Eingriff darf nicht außer Verhältnis stehen zum verfolgten Zweck. Dass ein milderes Mittel nicht ersichtlich ist, liegt daran, dass die auf die Sicherung der Unabhängigkeit der Rechtsanwaltschaft gerichteten Regelungen der BRAO den kapitalspezifischen Einwirkungen auf den genannten drei Ebenen nicht hinreichend erfassen können. Das pauschale und ausnahmslose Verbot einer externen Kapitalbeteiligung muss jedoch an der Proportionalität scheitern, da die damit verbundene Schwere der Beschränkung der freien Niederlassung und des Kapitalverkehrs nicht durchweg in angemessenem Verhältnis zu den mit der Beteiligung verbundenen Gefahren (sofern diese und deren Wirkung abschätzbar sind) stehen. Dies ist lediglich bei Beteiligungen über 50% mit einiger Sicherheit anzunehmen, bei geringeren Beteiligungen, insbesondere solchen, die dem Kapitalgeber kein höheres Stimmgewicht als einem einzelnen beteiligten Anwalt vermitteln, kann es fragwürdig sein. Auch im Lichte der EuGH-Judikatur bestehen Zweifel an der Verhältnismäßigkeit eines unbedingten Verbots, wenn mit der Beteiligung keine bestimmten Gesellschafterrechte verbunden sind. Wo dies der Fall ist, kann sich der Gesetzgeber u.U. derzeit noch auf dem Vorsorgeprinzip entlehnte Erwägungen berufen, dass ungewisse Gefahrenwirkungen bzw. Risiken dagegen gerichtete Maßnahmen rechtfertigen. Dies gilt jedoch nur so lange, wie diese Annahme nicht durch empirische Befunde widerlegt worden ist.

III. Rechtspolitische Perspektiven für eine Zulassung von Kapitalbeteiligungen

14. „Deutsche ABS“

Inwieweit das britische ABS-Modell – das den Nachweis erbrachte, dass eine Kapitalbeteiligung ohne Einbußen für die Rechtspflege, die Unabhängigkeit der Anwaltschaft oder die Qualität und Zugänglichkeit von Rechtsdienstleistungen möglich ist – in das deutsche Berufsrecht transponiert, auf sein System mithin zugeschnitten werden kann, ist zweifelhaft. Eine Copy-and-Paste-Übertragung ist dagegen prinzipiell möglich unter der Voraussetzung, dass sich berufsrechtliche Grundkoordinaten verschieben. So müsste neben die auf Unabhängigkeit gerichtete Selbstregulierung auch eine auf Qualitätssicherung und Wettbewerb gerichtete Marktregulierung treten, wie sie die britische Legal Services Authority verfolgt. Ob die Kammern für diese Aufgabe geeignet sind, muss mit einem Fragezeichen versehen werden; theoretisch ist eine Betrauung damit (jenseits der Selbstregulierung) denkbar.

15. Befristete Zulassung einer Kapitalbeteiligung

Befristete Zulassung einer Kapitalbeteiligung: Es könnte erwogen werden, eine Kapitalbeteiligung zuzulassen, die auf die Aufbauphase für den digitalen Umbau beschränkt bleibt und unterhalb der Sperrminorität liegt. Der Gesellschaftsanteil des Kapitalgebers könnte nach dieser Zeit (10 oder 15 Jahre) an die anwaltlichen Gesellschafter zurückfallen und wäre auch nicht ohne weiteres übertragbar.

16. Regulatory Sandbox: „Sandkasten-Regulierung“ ist eine sowohl in der EU als auch in Deutschland praktizierte Form der Regulierung, bei der in einem „Reallabor“ in Einzelfällen und/oder in kleinem Format neue Ansätze erprobt werden können. Die Voraussetzungen dafür, Wirkungsunsicherheit und Innovationsbedarf, sind bei der Kapitalbeteiligung gegeben. Es könnte z.B. einer begrenzten Zahl von Rechtsanwaltsgesellschaften gestattet werden, einen Drittkapitalgeber als Mitgesellschafter aufzunehmen, wobei die Vergabe der „Plätze“ im Wege einer Ausschreibung erfolgen müsste. Bei diesem Format könnten (ggf. zeitlich begrenzt) auch über 25% und ggf. 50% hinausgehende Anteile „ausprobiert“ werden. Eine Kombination mit dem unter Nr. 15 genannten Ansatz (befristete Zulassung einer Kapitalbeteiligung) ist möglich. Die „Sandbox“ müsste allerdings auch neue Aufsichtsformen einschließen (siehe dazu oben Nr. 15), deren Eignung ebenfalls auf diese Weise erprobt würde. Ebenfalls zu bedenken ist, dass die für belastbare Ergebnisse bei zu den Effekten von Kapitalbeteiligungen an Rechtsanwalts-gesellschaften erforderliche Erprobungs- und Beobachtungsphase, gemessen an der Kurzfris-tigkeit des Kapitalbedarfs vieler Kanzleien zur Bewältigung des digitalen Wandels, nicht zu lang ausfallen darf.

Hamburg, im September 2024

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Axel Gummerus'.