

## Aufsatz

### Aufsätze

Rechtsanwalt und Notar a.D. Kay-Thomas Pohl \*

#### >>> Unionsrechtliches Kohärenzgebot und anwaltliches Berufsrecht

*Im Zusammenhang mit Legal Tech-Angeboten ist umstritten, ob die Beschränkungen des anwaltlichen Berufsrechts beim Erfolgshonorar, bei der Prozessfinanzierung und beim sog. Fremdkapital kohärent im Sinne der unionsrechtlichen Rechtsprechung sind, weil registrierte Inkassodienstleister, die im Rahmen von Legal Tech Rechtsdienstleistungen anbieten, derartigen Beschränkungen nicht unterliegen. Der Autor belegt im Einzelnen anhand der Rechtsprechung des EuGH, weshalb die genannten berufsrechtlichen Beschränkungen verhältnismäßig und auch aus der Sicht des Unionsrechts nicht insgesamt inkohärent sind.*

#### I. Einleitung

Im Anwaltsblatt Online <sup>1</sup> hat Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig unter der Überschrift „BGH zu Lexfox: BRAO, RDG und das unionsrechtliche Kohärenzgebot“ die Auffassung vertreten, dass einerseits Beschränkungen der anwaltlichen Berufsausübung 1. beim *Erfolgshonorar*, 2. bei der *Prozessfinanzierung* und 3. bei der *Finanzierung der eigenen Tätigkeit durch Kapital Dritter* unionsrechtlich nicht mehr gerechtfertigt werden können. Sie seien inkohärent im Sinne der Rechtsprechung des EuGH, weil die anwaltliche Berufsausübung Beschränkungen unterliegt, denen die Berufsausübung registrierter Inkassodienstleister in dem durch die Lexfox-Entscheidungen des BGH <sup>2</sup> definierten Rahmen nicht unterliegt.

Andererseits seien auch 4. *anwaltliche Vorbehaltsaufgaben* angesichts der durch das RDG vorgesehenen Rechtsberatungsbefugnisse Dritter inkohärent geregelt und deshalb unionsrechtswidrig. Sollte diese Einschätzung, der sich auch Rechtsanwalt Prof. Dr. Ewer <sup>3</sup> zumindest in Teilen (Erfolgshonorar und Kostenfreistellung) angeschlossen hat, zutreffen, wären die entsprechenden Vorschriften des deutschen Berufsrechts im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts schon jetzt nicht mehr anwendbar.

Es erscheint indessen mehr als fraglich, dass das Unionsrecht tatsächlich unser Berufsrecht derart grundsätzlich in Frage stellt. Hierzu einige Überlegungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH.

#### II. „Level playing field“?

Kernfrage ist, ob gegenüber Inkassodienstleistern bei Erfolgshonorar, Prozessfinanzierung und sog. „Fremdkapital“ ein „Level playing field“ geschaffen werden muss.

##### 1. Beschränkung der Grundfreiheiten

Es ist schon fraglich, ob überhaupt die genannten berufsrechtlichen Beschränkungen die anwaltliche Berufsausübung in Deutschland weniger attraktiv machen und so die Berufs-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit behindern angesichts dessen, dass es einem Unternehmer, welcher einerseits als Rechtsanwalt tätig ist, durch das Berufsrecht nicht verwehrt ist, andererseits im Zweitberuf gewerblich tätig zu sein.

Rechtsanwälte können sich als Inkassodienstleister registrieren lassen und im Rahmen der Lexfox-Entscheidung <sup>4</sup> ihrerseits gewerblich rechtsdienstleistend tätig werden. In diesem Rahmen können sie Rechtsdienstleistungen erbringen, ohne an die fraglichen Beschränkungen durch das anwaltliche Berufsrecht gebunden zu

BRAK-Mitt. 2020, 259

sein, nur eben nicht im Rahmen der anwaltlichen Berufsausübung und nicht unter der „Marke“ Rechtsanwalt bzw. Rechtsanwaltsgesellschaft. Nimmt man gleichwohl eine Beschränkung der genannten Freiheiten an, dürfte die Zweitberufsmöglichkeit als milderer Eingriff gegenüber einem Verbot, im Zweitberuf gewerbliche Rechtsdienstleistungen

zu erbringen, bewirken, dass die genannten berufsrechtlichen Beschränkungen jedenfalls verhältnismäßig sind. Dass sie auch aus der Sicht des Unionsrechts nicht insgesamt inkohärent sind, soll in der Folge gezeigt werden.

#### 2. Vergleichbarkeit der Dienstleistungen

Hellwig <sup>5</sup> meint, dass das Unionsrecht den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber weiter einenge als Art. 3 GG dies für den deutschen Gesetzgeber bewirke: Eine willkürliche oder unsachgerechte Inkohärenz wie bei Art. 3 GG sei im Unionsrecht nicht erforderlich, es genüge für das Verdikt der Inkohärenz jeder Unterschied bei der Verfolgung desselben Ziels, soweit es sich um dieselbe Tätigkeit handle. Es könne auch nicht auf die Berufstätigkeit der Anwälte insgesamt abgestellt werden, vielmehr komme es auf die „jeweilige Modalität“ der Berufsausübung an. <sup>6</sup>

Das hat der EuGH – und mit ihm das Unionsrecht – in der Rechtssache C-384/18 <sup>7</sup> anders gesehen: Dort hat der EuGH es abgelehnt, die für das Verhältnis niederländischer Rechtsanwälte zu niederländischen Wirtschaftsprüfern in der Sache Wouters u.a. <sup>8</sup> angestellten Erwägungen auf belgische BIBF-Buchhalter zur Rechtfertigung des nach belgischem Recht für diese geltenden Verbotes bestimmter multidisziplinärer Tätigkeiten zu übertragen, und zwar wie folgt:

„Im Unterschied zum Rechtsanwaltsberuf umfasst der Beruf des BIBF-Buchhalters nämlich nicht die rechtliche Vertretung vor den Gerichten [...]“. <sup>9</sup> Das Zitat ist nicht eines von vielen, es enthält die – wenn auch reichlich apodiktische – ratio decidendi. <sup>10</sup>

Dass BIBF-Buchhalter außergerichtlich vor den zuständigen Behörden ihre Mandanten in Steuerstreitsachen rechtsbesorgend vertreten und rechtlich beraten und dass die Berufsträger zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sowie strafbewehrt zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, ließ der EuGH für eine Vergleichbarkeit nicht genügen. Offenbar stellt er gerade nicht darauf ab, dass Berufsträger beider Berufe in einem bestimmten Bereich Rechtsdienstleistungen erbringen („dieselbe Tätigkeit“ im Sinne Hellwigs), sondern auf das jeweilige Berufsbild insgesamt.

Im Zusammenhang mit der Frage der Vergleichbarkeit dürfte es auch eine Rolle spielen, dass im Bereich des Geschäftsmodells von Lexfox der Mandant per definitionem nie zu seinem vollen Recht kommt, weil er für den Erfolgsfall einen relativ hohen Prozentsatz der ihm zustehenden Summe abgetreten hat, während er im Fall der Beauftragung eines Rechtsanwalts zwar das Kostenrisiko trägt, aber im Erfolgsfall 100 % dessen, was er beanspruchen kann, auch erhält. Auch wenn man darin ein für Verbraucher attraktives Angebot sieht, unterscheidet sich doch im Hinblick auf das Erfolgshonorar und die Freistellung des Kunden vom Kostenrisiko das Geschäftsmodell der Lexfox GmbH von anwaltlichen Rechtsdienstleistungen noch wesentlich deutlicher als die Tätigkeit der BIBF-Buchhalter Belgiens bei der Erbringung von außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen auf dem Gebiet des Steuerrechts.

Die vorstehend zitierte, äußerst knappe Begründung für die fehlende Vergleichbarkeit im Fall der BIBF-Buchhalter gibt Veranlassung, zu prüfen, was im Rahmen der unionsrechtsrechtlichen Kohärenzprüfung unter der Qualität der Rechtsdienstleistung durch den Anwalt einerseits und der Qualität der Rechtsdienstleistung durch einen sonstigen, insb. einen gewerblichen, Rechtsdienstleister andererseits zu verstehen sei. Beim Inkassodienstleister geht es ganz offensichtlich um die fachliche Qualifikation, beim Rechtsanwalt darüber hinaus um die Qualität, welche gerade das anwaltliche Berufsrecht durch die mit ihm einhergehenden Beschränkungen (Unabhängigkeit, Verschwiegenheit, Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen) seiner Berufstätigkeit im Interesse einer geordneten Rechtspflege verleiht. Demgemäß ist bei der Kohärenzprüfung neben fachlicher Qualifikation als einem Aspekt des Verbraucherschutzes auch auf die weiteren vom deutschen Gesetzgeber mit dem Berufsrecht verfolgten Gemeinwohlbelange abzustellen.

### 3. Kohärenz der Verfolgung eines Gemeinwohlbelangs

Nach der Rechtsprechung des EuGH bezieht sich die Frage der unionsrechtlichen Kohärenz stets auf die Verfolgung eines bestimmten Ziels, also eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses. Das vom Mitgliedstaat mit seiner Gesetzgebung verfolgte Ziel, also der „zwingende Grund des Allgemeininteresses“ und das vom Mitgliedstaat angestrebte Schutzniveau sind der Maßstab für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit und in Sonderheit der Geeignetheit der im Recht des Mitgliedstaates vorgesehenen Maßnahmen in Gestalt der Kohärenz. Der EuGH stellt im Rahmen der Kohärenzprüfung auf sämtliche den jeweils verfolgten Gemeinwohlbelang tangierende Regulierungen des Mitgliedstaates ab und prüft, ob der Gemeinwohlbelang durchgängig systematisch verfolgt oder ob dessen Schutz durch anderweitige Regulierung konterkariert wird.

*Hellwig* geht kurzerhand davon aus, dass die Verbote von Erfolgshonorar und Prozessfinanzierung der Sicherung der Qualität der Rechtsdienstleistung durch den Anwalt dienen, bei einem registrierten Inkassodienst-

BRAK-Mitt. 2020, 260

leister dieses Ziel aber nicht in gleicher Weise verfolgt wird.

Der Befund ist vordergründig richtig. Wenn aber im anwaltlichen Berufsrecht (auch) andere Ziele als die Sicherung fachlicher Qualität verfolgt werden, welche nur für den Anwaltsberuf relevant sind, nicht aber für Inkassodienstleister, stellt sich die Frage der Kohärenz ganz anders.

Mit der Beschränkung der Möglichkeit, Erfolgshonorare zu vereinbaren, dem Verbot der Prozessfinanzierung und vor allem dem Verbot von „Fremdkapital“ im Bereich des anwaltlichen Berufsrechtes verfolgt der deutsche Gesetzgeber unstreitig weitere Ziele, nämlich die Sicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit und der Geradlinigkeit der Berufsausübung als Grundvoraussetzungen der Rolle als eines Organes der Rechtspflege.

Aus unionsrechtlicher Sicht hat der EuGH diese Gemeinwohlbelange als die „Funktion des Anwalts als eines Mitgestalters der Rechtspflege [...], der in völliger Unabhängigkeit und in deren vorrangigem Interesse dem Mandanten die rechtliche Unterstützung zu gewähren hat, die dieser benötigt“<sup>11</sup> beschrieben. Vor diesem Hintergrund ist das vorstehend wiedergegebene Zitat aus der Rechtssache BIBF-Buchhalter zu sehen, in dem dieses Verständnis der Rolle der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte verkürzt in den Worten „die rechtliche Vertretung vor den Gerichten“<sup>12</sup> anklingt. Dabei sieht der EuGH die Rolle als Mitgestalter der Rechtspflege ausweislich der vorerwähnten Rechtssache BIBF nicht beschränkt auf die Vertretung in gerichtlichen Verfahren, sondern auch im Zusammenhang mit der dort in Rede stehenden Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen als entscheidendes Kriterium an.

### 4. Insbesondere: das sog. Fremdkapital

Eine Frage schneidet *Hellwig* in diesem Zusammenhang zum wiederholten Male an: Bedarf es tatsächlich struktureller Regelung für die Berufsausübungsgesellschaften der Rechtsanwälte im Hinblick auf die gemeinsame Berufsausübung mit anderen Berufsträgern bzw. eines Verbots der Beteiligung von nicht sozietätsfähigen Gesellschaftern aus Gründen der Finanzierung (auf der Staturebene)? Oder ist nicht die abstrakte Geltung der Berufspflichten der Rechtsanwälte (auf der operativen Ebene) für sich genommen bereits geeignet, der aus einer solchen Beteiligung sich ergebenden Gefahr für die Unabhängigkeit zu wehren?

Hier argumentiert *Hellwig* in erster Linie mit dem BVerfG (Sozietätswechselbeschluss v. 3.7.2003),<sup>13</sup> wonach das Berufsrecht davon auszugehen habe, dass der Anwalt einen verantwortungsvollen Umgang mit seinen Berufspflichten pflege und Vermutungen pflichtwidrigen Verhaltens keine Regulierungsgrundlage sein dürfen. Diesen Grundsatz überträgt er auf das Unionsrecht und schließt daraus, dass eine unzulässige Beschränkung der unionsrechtlichen Dienstleistungs-, Niederlassungs- und Berufsfreiheit vorliegt, wenn sich angestrebte Ziele durch reine Verhaltensnormen auf der

operativen Ebene erreichen lassen, das Berufsrecht des Mitgliedstaates Deutschland aber an Strukturen bzw. Statusfragen ansetzt.

Indessen wäre zunächst zu fragen, ob der Berufsträger, welcher einen die Arbeit der Gesellschaft maßgeblich finanzierenden gewerblich tätigen Gesellschafter hätte, überhaupt noch in der Lage wäre, sich dessen Wünschen und ggf. Weisungen zu verweigern, wenn er berufsrechtliche Bedenken hegt. Alsdann stellt sich unionsrechtlich die Frage, ob nicht der mitgliedstaatliche Gesetzgeber, der sowohl die verfolgten Ziele als auch das angestrebte Schutzniveau im Verhältnis zur Union in eigener Zuständigkeit festlegt, nicht die Befürchtung haben darf, dass der Berufsträger in einen unlösbaren Konflikt zwischen seinen berufsrechtlichen und seinen gesellschaftsrechtlichen Pflichten geraten kann.

Man darf Zweifel daran haben, dass der EuGH dem Mitgliedstaat diese Einschätzungsprärogative hier verweigern würde, zumal der Gerichtshof selbst in seiner Rechtsprechung zum Syndikusrechtsanwalt ganz entscheidend auf die Gefährdung der Unabhängigkeit eines Rechtsanwalts durch ein bestehendes Arbeitsverhältnis – ungeachtet seiner berufsrechtlichen Bindung, ungeachtet der Berufsaufsicht durch die Kammer und ungeachtet der durch die Anwaltsrichtlinien gewährten Rechte – abstellt. In den Entscheidungen AM&S<sup>14</sup> sowie Akzo Nobel<sup>15</sup> hält der Gerichtshof im Hinblick auf legal professional privilege und Beschlagnahmefreiheit im Unionsrecht anders als die Niederlande und das Vereinigte Königreich, welche im Hinblick auf das dort auch für angestellte Rechtsanwälte geltende Berufsrecht diesen die genannten Privilegien ungeachtet der abhängigen Beschäftigung beim Mandanten zugestehen, diesen auf der operativen Ebene bestehenden Schutz im Rahmen der unionsrechtlichen wettbewerbsrechtlichen Nachprüfungsverfahren nicht für ausreichend und stellt entscheidend auf den Status der Berufsträger als Arbeitnehmer ihres Mandanten ab.

Auch im Hinblick auf die Postulationsfähigkeit vor den Gerichten der Union gemäß Art. 19 I, III und IV der Satzung des Gerichtshofs<sup>16</sup> stellt – entgegen dem Vertrauen des polnischen Rechts in die Unabhängigkeit der bei dem Mandanten angestellten Rechtsberater (Rechtsanwälte im Sinne beider Anwaltsrichtlinien) kraft berufsrechtlicher Regulierung auf der operativen Ebene – der EuGH auf den Status als Arbeitnehmer des Mandanten ab: nach dem Unionsrecht wird der „Begriff der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts nicht nur positiv, nämlich

BRAK-Mitt. 2020, 261

unter Bezugnahme auf die berufsständischen Pflichten definiert, sondern auch negativ, nämlich durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung“.<sup>17</sup> Ein Arbeitsverhältnis „führt zu einem geringeren Grad der Unabhängigkeit als sie ein Rechtsanwalt oder Rechtsberater genießt, der seine Tätigkeit in einer externen Anwaltskanzlei ausübt“.<sup>18</sup>

Diese ständige Rechtsprechung hat der EuGH jüngst in der Rechtssache Universität Breslau/REA<sup>19</sup> sowie Polen und Universität Breslau/REA<sup>20</sup> ausdrücklich bestätigt, auch wenn er zu Recht einen bloßen Lehrauftrag nicht mit einem Arbeitsverhältnis, welches die Erbringung von Rechtsdienstleistungen in Angelegenheiten des Arbeitgebers selbst zum Inhalt hat, gleichsetzt.

Das Arbeitsverhältnis ist in ähnlicher Weise eine Statusfrage wie die Frage der Sozietätsfähigkeit eines Gesellschaftern in einer anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaft, insb. des finanzierenden, nicht zur gemeinsamen Berufsausübung zugelassenen Gesellschaftern. Sind in der Gesellschaft die Gefahren für die Unabhängigkeit wesentlich geringer als im Arbeitsverhältnis, insb. wenn der Dritte die Mehrheit des Kapitals hält, und der Rechtsanwalt, etwa bei einer GmbH, Angestellter der Gesellschaft ist?

Die Rechtssache Hartlauer<sup>21</sup> könnte auf den ersten Blick Zweifel an der vorstehenden Argumentation erwecken. Es ging um die Verfolgung der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses „Schutz der Gesundheit der Bevölkerung“<sup>22</sup> nebst „Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems“<sup>23</sup> im Bereich der Zahnmedizin Österreichs und

die Vergleichbarkeit der Dienstleistungen niedergelassener Zahnärzte in Gruppenpraxen einerseits, sowie zahnärztlicher Dienstleistungen angestellter Zahnärzte in Zahnambulatorien andererseits. Diese zahnärztlichen Dienstleistungen hielt der EuGH für vergleichbar. Dass Ambulatorien einer vorherigen Genehmigung mit Bedürfnisprüfung unterlagen, Gruppenpraxen aber nicht, erschien dem EuGH als inkohärent.

Dieser scheinbare Widerspruch zu dem bisherigen, unseren Berufsstand betreffenden, Befund dürfte dem Umstand geschuldet sein, dass für die Ausübung der Heilkunde die Unabhängigkeit der Berufsträger, nicht nur traditionell hinsichtlich der Krankenhäuser, sondern auch sub specie der verfolgten Ziele des Berufsrechts im Unionsrecht nicht dieselbe Rolle spielt wie für den Anwaltsberuf. Man denke an Wouters u.a./Nova, AM&S, Akzo Nobel, PUKE und last but not least die ratio decidendi der Rechtssache zu den belgischen BIBF-Buchhaltern: „Im Unterschied zum Rechtsanwaltsberuf umfasst der Beruf des BIBF-Buchhalters nämlich nicht die rechtliche Vertretung vor den Gerichten [...]“. <sup>24</sup>

Für den Berufsstand der Rechtsanwälte ist unionsrechtlich die Unabhängigkeit wegen deren Funktion als „Mitgestalter der Rechtspflege“ als Beitrag zur „Wahrung der geordneten Rechtspflege“ der ausschlaggebende zwingende Grund des Allgemeininteresses. Dieses Allgemeininteresse dürfte den Unterschied zur Rechtssache Hartlauer ausmachen.

Für die Anwaltschaft sieht überdies das sekundäre Unionsrecht in Art. 11 V der Niederlassungsrichtlinie 98/5/EG <sup>25</sup> eine Option für Regelungen auf der Staturebene – nichtanwaltliche Sozietäten betreffend – ausdrücklich vor. Dass die Mitgliedstaaten diese Option nur in verhältnismäßiger und kohärenter Weise ausüben dürfen, ändert nichts daran, dass eine Beschränkung des Kreises Sozietätsfähiger mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Es gilt auch weiterhin das in dem Vorabentscheidungsverfahren Wouters u.a. <sup>26</sup> vom EuGH Entschiedene. Der Gerichtshof hatte den Erlass einer Berufsordnung der niederländischen Rechtsanwaltskammer einerseits als Beschluss einer Unternehmensvereinigung i.S.v. ex-Art. 85 I EG-Vertrag qualifiziert, <sup>27</sup> andererseits aber das darin enthaltene Verbot einer gemeinsamen Berufsausübung niederländischer Rechtsanwälte mit niederländischen Wirtschaftsprüfern, also eine Regulierung auf der Staturebene, als gerechtfertigt angesehen. Der Gerichtshof hatte insoweit erwogen,

- „dass für Wirtschaftsprüfer in diesem Mitgliedstaat, anders als etwa im deutschen Recht, kein Berufsgeheimnis gilt, das mit dem der Rechtsanwälte vergleichbar wäre“, <sup>28</sup>
- „dass die niederländische Rechtsanwaltskammer annehmen konnte, dass ein Rechtsanwalt möglicherweise nicht mehr in der Lage ist, seinen Mandanten unabhängig und unter Wahrung eines strengen Berufsgeheimnisses zu vertreten“. <sup>29</sup>

Das streitgegenständliche Verbot einer gemeinsamen Berufsausübung „konnte daher bei vernünftiger Betrachtung als notwendig angesehen werden, um die ordnungsgemäße Ausübung des Anwaltsberufs, wie er in dem betreffenden Mitgliedstaat geordnet ist, sicherzustellen“.

<sup>30</sup> Dem standen weder die Bestimmungen der Verträge über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr, ex-Art. 52 und 59 EGV, noch auch das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen, ex-Art. 85 EGV, entgegen. <sup>31</sup>

BRAK-Mitt. 2020, 262

Kurzum: Das Unionsrecht verlangt nicht, dass Mitgliedstaaten von berufsrechtlichen Regelungen auf der Staturebene grundsätzlich Abstand nehmen und sich auf Regulierung der operativen Ebene beschränken. Es ist auch nicht per se inkohärent, im anwaltlichen Berufsrecht Beschränkungen der Berufsausübung entsprechend den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege vorzusehen, die anderen Rechtsdienstleistern nicht auferlegt werden.

Es ist deshalb – gerade sub specie des unionsrechtlichen Kohärenzerfordernisses – geboten, dass der deutsche Gesetzgeber die

Sicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit und der Geradlinigkeit der Berufsausübung als Voraussetzung der Funktion des Anwalts als Mitgestalter der Rechtspflege in Zukunft, in Sonderheit bei der anstehenden großen BRAO-Reform, in kohärenter und systematischer Weise weiter verfolgt. Dabei ist der Beitrag unseres Berufsstandes zu einer geordneten Rechtspflege nicht auf die Vertretung in behördlichen und gerichtlichen Verfahren beschränkt. Auch die außergerichtliche Beratung, die Mitwirkung bei der Gestaltung rechtssicherer Verträge und die außergerichtliche Vertretung, welche häufig zu einvernehmlichen Konfliktlösungen auch jenseits formalisierter alternativer Streitbeilegungsverfahren führt, durch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sind als vorsorgende Rechtspflege ihrerseits Mitgestaltung der Rechtspflege und wesentlicher Beitrag zu einer geordneten Rechtspflege. Systematische und kohärente Verfolgung des Zieles einer geordneten Rechtspflege erfordert auch, die Berufsrechte der nach deutschem Recht sozietätsfähigen Berufe untereinander kompatibel zu halten.

### III. Anwaltliche Vorbehaltsaufgaben – inkohärent durch RDG?

Im weiteren Gang seiner Erörterungen greift *Hellwig* <sup>32</sup> die Stellungnahme des Generalanwalts – Pedro Cruz Villalón – in der Rechtssache X-Steuerberatungsgesellschaft auf, auf welche der EuGH in seinem Urteil <sup>33</sup> mit keinem Wort eingegangen ist, welche sich aber erwartungsgemäß die Kommission in einem bereits anhängigen Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland zu eigen gemacht hat. Danach würden durch die Vorbehaltsaufgaben der Steuerberater angesichts der in § 4 StBerG vorgesehenen Befugnisse sonstiger Berufsträger die Empfänger von geschäftsmäßigen Hilfsleistungen in Steuersachen nicht in systematischer und kohärenter Weise geschützt.

*Hellwig* will diese Argumentation auf das RDG und die dort geregelten – beschränkten – Rechtsleistungsbefugnisse von Nichtanwälten übertragen und sieht auch hier fehlende Kohärenz. *Hellwig*, der sowohl auf Art. 15 III als auch Art. 16 I UAbs. 3 der Allgemeinen Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG verweist, <sup>34</sup> lässt offen, ob überhaupt Art. 16 der Allgemeinen Dienstleistungsrichtlinie anwendbar ist. Er verweist weiter auf die zwischenzeitlich durch das Gesetz zur Umsetzung der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie im Bereich öffentlich-rechtlicher Körperschaften v. 19.6.2020 umgesetzte Verhältnismäßigkeitsrichtlinie (EU) 2018/958. <sup>35</sup>

Art. 15 III kodifiziert die Rechtsprechung des EuGH zum Diskriminierungsverbot und zur Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Niederlassung. Als Bestandteil des Kapitels III der Dienstleistungsrichtlinie ist diese Vorschrift auch auf reine Inlandssachverhalte anwendbar (Verbundene Rechtssache C-360/15 und C-31/16). <sup>36</sup>

Demgegenüber ist Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie, welcher den freien Dienstleistungsverkehr betrifft, auf Vorbehaltsaufgaben i.S.d. Art. 17 Nr. 6 der Richtlinie nicht anwendbar (Rechtssache X-Steuerberatung). <sup>37</sup> Dadurch, dass die bisherige Vorbehaltsaufgabe der Rechtsanwälte jetzt in einem weiteren Teilbereich eine geteilte Vorbehaltsaufgabe mit dem Berufsstand der Inkassodienstleister ist, hört die Vorbehaltsaufgabe nicht auf, Vorbehaltsaufgabe zu sein. Es gilt für die Regulierung grenzüberschreitender Rechtsdienstleistungen im deutschen Recht aber Art. 56 AEUV und die hierzu ergangene Rechtsprechung, also das Primärrecht, sowie die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie.

Die Frage der Verhältnismäßigkeit und in Sonderheit der Kohärenz stellt sich im Hinblick auf den durch die Lexfox-Entscheidungen definierten Tätigkeitsbereich der in Deutschland niedergelassenen Inkassodienstleister jedenfalls gem. Art. 15 III der Dienstleistungsrichtlinie sowie der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie.

Geteilte Vorbehaltsaufgaben sind i.S.d. Art. 7 II UAbs. 2 lit. d) Verhältnismäßigkeitsrichtlinie 2018/958 EU ein milderes Mittel gegenüber ausschließlichen Vorbehaltsaufgaben, was allerdings

nicht ausschließt, dass die Regelung ihrerseits verhältnismäßig sein und der jeweilige Mitgliedstaat die zur Rechtfertigung der mit Vorbehaltsaufgaben – auch: geteilten Vorbehaltsaufgaben – einhergehenden Beschränkungen angeführten Ziele auch mit seinen sonstigen einschlägigen Regulierungen kohärent verfolgen muss.

Wenn man beurteilen will, ob § 4 StBerG und die Vorschriften der §§ 5, 6, 7 und 10 RDG die kohärente Verfolgung der mit dem StBerG bzw. der BRAO verfolgten Ziele in Frage stellen, muss man ausgehen von der Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, die Berufsfreiheit nur soweit einzuschränken, wie dies erforderlich ist, im Zweifel also das mildere Mittel zu wählen, wobei zu den mildereren Mitteln im Bereich der Vorbehaltsaufgaben einerseits geteilte Vorbehaltsaufgaben, anderer-

BRAK-Mitt. 2020, 263

seits aber auch das Absehen von Vorbehaltsaufgaben gehört, wo dies vertretbar ist und zur Erreichung der verfolgten Ziele kein vollständiges Monopol der Steuerberatung bzw. Rechtsberatung für erforderlich erachtet wird.

Die Wahl einer weniger strikten, dafür Ausnahmen von den Vorbehaltsaufgaben vorsehenden Regelung wird durch das Verhältnismäßigkeitserfordernis geboten, sie ist schon deshalb nicht per se inkohärent. Die Differenzierung der einzelnen Rechtsdienstleistungsbefugnisse muss allerdings begründbar sein im Hinblick auf die mit den Vorbehaltsaufgaben verfolgten Ziele.

In den verbundenen Vorabentscheidungssachen Stoß u.a.,<sup>38</sup> in denen es um die Regulierung von Glücksspielen ging, hat der EuGH unter der Überschrift „Zum Erfordernis der systematischen und kohärenten Begrenzung von Glücksspielen“<sup>39</sup> zunächst an seine ständige Rechtsprechung erinnert, „dass es Sache jedes Mitgliedstaates ist, zu beurteilen, ob es im Zusammenhang mit den von ihm verfolgten legitimen Zielen erforderlich ist, Tätigkeiten dieser Art vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genügt, sie zu beschränken und zu diesem Zweck mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen, wobei die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit der erlassenen Maßnahmen allein im Hinblick auf die verfolgten Ziele und das von den betreffenden nationalen Stellen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen sind“<sup>40</sup>

Demgemäß „kann der Umstand, dass von verschiedenen Arten von Glücksspielen einige einem staatlichen Monopol und andere einer Regelung unterliegen [...] für sich genommen nicht dazu führen, dass die Maßnahmen ihre Rechtfertigung verlieren [...]“<sup>41</sup> Die vom Mitgliedstaat verfolgten Gemeinwohlbelange können Beschränkungen der Berufs- Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit allerdings nur dann rechtfertigen, wenn die entsprechende restriktive Maßnahme geeignet ist, die Verwirklichung dieses Ziels dadurch zu gewährleisten, dass sie dazu beiträgt, (die dem Gemeinwohlbelang drohenden Gefahren, in casu:) die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.<sup>42</sup>

Damit sind die Maßstäbe gesetzt. Nur Rechtsanwälte sind als Organe der Rechtspflege (in der Terminologie des EuGH: Mitgestalter der Rechtspflege) die berufenen und unabhängigen Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten.

Soweit sie ihre Rechtsdienstleistungsbefugnisse in Teilbereichen mit anderen Rechtsdienstleistern teilen, erfordert Kohärenz, dass die jeweiligen geteilten Rechtsdienstleistungsbefugnisse Dritter der jeweils vorhandenen begrenzten Qualifikation der Dritten entsprechend so eng begrenzt sind, wie es das Ziel des Verbraucherschutzes hinsichtlich der fachlichen Qualifikation der jeweiligen Dienstleister erfordert. Soweit insb. Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und etwa Rechtsschutzsekretäre der Gewerkschaften vor Gericht Rechtsuchende vertreten dürfen, muss ferner gewährleistet sein, dass dadurch die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege nicht gefährdet werden. Das dürfte im Einzelnen einen erheblichen Begründungsaufwand erfordern, wenn die hier erörterten Rechtsfragen sich je in einem Verfahren vor dem EuGH stellen sollten.

#### IV. Prozessuales

Es gibt zwei Wege, die zu einer Befassung des EuGH mit Fragen des deutschen Berufsrechts der Rechtsanwälte führen können, nämlich

- einerseits Vorabentscheidungsersuchen deutscher Gerichte,
- andererseits Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland.

Diese Verfahrensarten unterscheiden sich hinsichtlich der Sachverhaltsbasis, auf der dann letztlich die Entscheidungen des Gerichtshofs beruhen.

In Vorabentscheidungsverfahren, in denen der EuGH den nationalen Gerichten deren Fragen zur Auslegung des primären und sekundären Unionsrechts beantwortet, geht der EuGH von den Tatsachenfeststellungen des vorlegenden Gerichts aus. Wenn er weitere Tatsachenfeststellungen für erforderlich erachtet, überlässt er das ebenso wie die endgültige Entscheidung des Rechtsstreits dem vorlegenden Gericht und gibt durch die ihm obliegende, verbindliche Auslegung des Unionsrechts für beides die erforderlichen Segelanweisungen.

In Vertragsverletzungsverfahren besteht diese Möglichkeit nicht. Der EuGH entscheidet auf Basis des Parteivortrags der Kommission einerseits und des jeweiligen Mitgliedstaates andererseits. Sollten Fragen der Verhältnismäßigkeit und in Sonderheit der Kohärenz des deutschen Berufsrechts bzw. des Rechtsdienstleistungsgesetzes dereinst den Gerichtshof in einem Vertragsverletzungsverfahren beschäftigen, kommt dem detaillierten und substantiierten Vortrag der Bundesregierung entscheidende Bedeutung zu.

Die Anwaltschaft könnte in Verfahren, welche das Berufsrecht der freien Berufe und in Sonderheit das anwaltliche Berufsrecht betreffen, hilfreiche Hinweise und Argumentationshilfe geben, wird aber bislang in Vertragsverletzungsverfahren nicht rechtzeitig und nicht hinreichend detailliert über die Monita der Kommission informiert, die den federführenden Ministerien schon im außergerichtlichen Vorverfahren, welches einer Anrufung des Gerichtshofs stets voraus geht, bekannt werden. Hier wäre Transparenz schon vom Zeitpunkt der Eröffnung des außergerichtlichen Vertragsverletzungsverfahrens, hilfreich.

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in Berlin und Notar a.D. Ferner ist er Vorsitzender des Ausschusses Europa und Mitglied im BRAO-Ausschuss der BRAK. Der Beitrag beruht auf seinem Vortrag im Rahmen der 159. Hauptversammlung der BRAK am 25.9.2020.

1 Hellwig, AnwBl. Online 2020, 260–268.

2 BGH, Urt. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18, BRAK-Mitt. 2020, 44 Ls.; Urt. v. 8.4.2020 – VIII ZR 130/19.

3 Vgl. Ewer, NJW 2020, 1783 (1784).

4 BGH, Urt. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18.

5 S. Hellwig, AnwBl. Online 2020, 260, 267 I.Sp.

6 S. Hellwig, AnwBl. Online 2020, 260, 264 I.Sp.

7 EuGH, Urt. v. 27.2.2020 – C-384/18 – Kommission/Belgien (Comptables).

8 EuGH, Urt. v. 19.2.2002 – C-309/99 – Wouters u.a.

9 Ibid., Rn. 50.

10 Ibid., Rn. 49–51.

11 EuGH, Urt. v. 14.9.2010 – C-550/07 P – Akzo Nobel u.a./Kommission (Rn. 42 unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 18.5.1982 – C-155/79 – AM&S, NJW 1983, 503).

12 Ibid.

13 BVerfG, Urt. v. 3.7.2007 – 1 BvR 238/01.

14 EuGH, Urt. v. 18.5.1982 – C-155/79 – AM&S/Kommission.

15 EuGH, Urt. v. 14.9.2010 – C-550/07 P – Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals/Kommission.

16 Konsolidierte Fassung der Satzung des Gerichtshofs.

17 EuGH, Urt. v. 6.9.2012 – C-422/11 P, Rn. 18 – Prezes Urzedu Komunikacji Elektronicznej (PUKE) und Republik Polen/Kommission.

18 Ibid., Rn. 21.

19 EuGH, Urt. v. 4.2.2020 – C-515/17 P – Uniwersytet Wroc#awski/REA.

20 EuGH, Beschl. v. 5.7.2018 – C-561/17 P, Rn. 55 ff., Polen/Uniwersytet Wroc#awski und REA.

21 EuGH, Urt. v. 10.3.2009 – C-169/07 – Hartlauer.

22 Ibid., Rn. 46.

23 Ibid., Rn. 47.

24 EuGH, Urt. v. 27.2.2020 – C-384/18 – Kommission/Belgien (Comptables), Rn. 50.

25 Richtlinie v. 16.2.1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde (Niederlassungsrichtlinie), abrufbar unter [https://www.kmk.org/fileadmin/pdf/ZAB/Richtlinien\\_der\\_EU/98\\_5\\_EG.pdf](https://www.kmk.org/fileadmin/pdf/ZAB/Richtlinien_der_EU/98_5_EG.pdf).

26 EuGH, Urt. v. 19.2.2002 – C-309/99 – Wouters u.a.

27 EuGH, Urt. v. 19.2.2002 – C-309/99 – Wouters u.a., Rn. 71.

28 Ibid., Rn. 104.

29 Ibid., Rn. 105.

30 Ibid., Rn. 107.

- 31 *Ibid.*, Rn. 97 und 123.
- 32 *S. Hellwig*, *AnwBl. Online* 2020, 260, 265.
- 33 EuGH, Urt. v. 17.12.2015 – C-342/14 Rn. 77 bis 79 – X-Steuerberatergesellschaft.
- 34 *S. Hellwig*, *AnwBl. Online* 2020, 260, 261.
- 35 Richtlinie 2018/958 v. 28.6.2018 über die Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0958&from=EN>.
- 36 EuGH, Urt. v. 30.1.2018, Verbundene Rechtssachen C-360/15 – X und C-31/16.
- 37 EuGH, Urt. v. 17.12.2015 – C-342/14 – X-Steuerberatergesellschaft, Rn. 40.
- 38 EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 – Stoß.
- 39 *Ibid.*, Rn. 88 bis 106.
- 40 *Ibid.*, Rn. 91.
- 41 *Ibid.*, Rn. 96.
- 42 *Ibid.*, Rn. 97.

© Verlag Dr. Otto Schmidt KG