

Berufsrechtstagung des Deutschen
wissenschaftlichen Instituts
der Steuerberater e. V. 2015

Quo vadis Freiberuflergesellschaft?

Schriftenreihe Nr.

34.



VERLAG des wissenschaftlichen
Instituts der Steuerberater GmbH

**Berufsrechtstagung des
Deutschen wissenschaftlichen
Instituts der Steuerberater e.V.
2015**

Quo vadis Freiberuflergesellschaft?

**Herausgegeben vom
Deutschen wissenschaftlichen Institut
der Steuerberater e.V.**

DWS-Schriftenreihe Nr. 34



**Verlag des wissenschaftlichen Instituts
der Steuerberater GmbH
Berlin**

Titel: Quo vadis Freiberuflergesellschaft?

Herausgeber: Deutsches wissenschaftliches Institut der Steuerberater e.V.

Verlag: Verlag des wissenschaftlichen Instituts der Steuerberater GmbH
Behrenstraße 42
10117 Berlin
Tel.: 030 288856-6
Fax: 030 288856-70
Internet: www.dws-verlag.de
E-Mail: info@dws-verlag.de

Gesamtherstellung: DCM Druck Center Meckenheim GmbH
www.druckcenter.de

ISBN: 978-3-933911-87-2

1. Auflage 7/2016

Dieses Produkt wurde mit äußerster Sorgfalt bearbeitet, für den Inhalt kann jedoch keine Gewähr übernommen werden.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung sind dem Verlag vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet werden.

Vorwort

Die berufsrechtlichen Regelungen der Freien Berufe zur interprofessionellen Zusammenarbeit stehen in letzter Zeit verstärkt auf dem Prüfstand der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Das Bundesverfassungsgericht (im Folgenden „BVerfG“) erklärte mit Beschluss v. 14.01.2014 die Regelungen im Berufsrecht der Rechts- und Patentanwälte, die bei einer Rechts- bzw. Patentanwaltsgesellschaft bestimmte Anteils- und Mehrheitserfordernisse zugunsten der Angehörigen einer Berufsgruppe vorschreiben, für verfassungswidrig. Zudem entschied das BVerfG Anfang 2016 auf eine Vorlage des Bundesgerichtshofs („BGH“), dass die Regelung des § 59a Abs. 1 BRAO, soweit sie die Bildung einer Partnerschaft zwischen Rechtsanwälten und Ärzten bzw. Apothekern verbietet, mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist.

Die Entscheidungen des BVerfG werfen grundsätzliche Fragen zur Verfassungsmäßigkeit bestehender Beschränkungen der interprofessionellen Zusammenarbeit auf. Sie reihen sich ein in die insbesondere auf europäischer Ebene geführte Diskussion um eine Deregulierung bei den Freien Berufen. Das DWS-Institut hat diese aktuelle Entwicklung zum Anlass genommen, in der Berufsrechtstagung am 12.10.2015 die Zukunft der interprofessionellen Freiberuflergesellschaft näher zu beleuchten.

Die Tagung machte deutlich, dass das BVerfG im Vergleich zu früher eine verstärkte Inhaltskontrolle vornimmt und erhöhte Anforderungen an die Rechtfertigung von Beschränkungen stellt. Es verfolgt zunehmend den Ansatz, anstatt auf institutionelle Absicherungen, wie z. B. bestimmte Mehrheitserfordernisse bei den Berufsgesellschaften, auf die Bindung an allgemeine Berufspflichten und deren Kontrolle durch die Berufsaufsicht im Einzelfall zu setzen. Auf europäischer Ebene ergibt sich ein zusätzlicher Deregulierungsdruck daraus, dass bestehende Regulierungen anhand der Grundfreiheiten überprüft werden und dabei zunehmend eine strenge Kohärenzkontrolle erfolgt.

Das Berufsrecht der Freien Berufe in Deutschland ist ein Garant für eine hohe Dienstleistungsqualität und dient dem Verbraucherschutz. Die Berufsregelungen sichern die Freiberuflichkeit und Unabhängigkeit des Berufsstands. Im Hinblick darauf bestand Einigkeit, dass eine rein ökonomische Sichtweise, welche die berufsrechtlichen Regelungen allein an deren wirtschaftlicher Effizienz misst, abzulehnen ist. Zum einen be-

rücksichtigt dieser Ansatz nicht die besondere Funktion der Freien Berufe in Deutschland, die bei Ausübung ihres Berufs auch Belange des Gemeinwohls wahrnehmen. Zum anderen ist empirisch nicht belegt, dass ein Abbau berufsrechtlicher Regulierungen tatsächlich zu mehr Wirtschaftswachstum führen würde.

Bedanken möchten wir uns bei den Referenten der Tagung, den Herren Prof. Dr. Winfried Kluth, Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, Prof. Dr. Matthias Kilian und Prof. Dr. Dres. h. c. Rolf Stürmer. Unser Dank gilt ebenso Herrn Prof. Dr. Thomas Mann, Vorsitzender des wissenschaftlichen Arbeitskreises „Berufsrecht“ des DWS-Instituts, für die Vorbereitung und Moderation der Tagung.

Dr. Raoul Riedlinger
Vorstandsvorsitzender des
Deutschen wissenschaftlichen
Instituts der Steuerberater e.V.

Inhaltsübersicht

Vorwort	3
Begrüßung durch Herrn StB/WP/RA Dr. Raoul Riedlinger	7
I. Impulsreferat	
Quo vadis Freiberuflergesellschaft?	13
<i>Prof. Dr. Winfried Kluth</i>	
1. Die besondere Relevanz der Berufsorganisation bei den Freien Berufen	13
2. Die Infragestellung von rechtlichen Restriktionen der beruflichen Selbstorganisation	15
3. Die Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts	27
4. Die Folgen einer Liberalisierung für die Struktur des Berufsrechts und die Ausübung der Berufsaufsicht	39
5. Ein Blick auf die Argumentationsmethoden	42
6. Ausblick	45
II. Statements	47
1. Einführung	47
<i>Prof. Dr. Thomas Mann</i>	
2. Freiberuflergesellschaften im Fokus höchster Gerichte	49
<i>Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, Hamburg</i>	
3. Sechs Thesen zur Zukunft der Freiberuflergesellschaft	55
<i>Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln</i>	
4. Das Berufsrecht der Freien Berufe unter dem Liberalisierungsdruck der Europäischen Union und des Bundesverfassungsgerichts	61
<i>Prof. Dr. Dres. h. c. Rolf Stürner, Freiburg</i>	
III. Podiumsdiskussion unter Einbeziehung des Auditoriums	69

Begrüßung **durch Herrn StB/WP/RA Dr. Raoul Riedlinger**

Vorstandsvorsitzender des Deutschen wissenschaftlichen Instituts der Steuerberater e. V. und Präsident der Bundessteuerberaterkammer

Sehr verehrte Damen, meine Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen,

im Namen des Deutschen wissenschaftlichen Instituts der Steuerberater heiße ich Sie zu unserer Berufsrechtstagung herzlich willkommen. Ich freue mich besonders, Herrn Dr. Brunner von der SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag begrüßen zu dürfen.

Ich danke den Vertretern der zuständigen Bundesministerien, der Landesfinanzministerien und aus den Ländern für ihr Kommen. Die Vertreter unseres Berufsstands und die der Verbände und Kammern anderer Freier Berufe heiße ich an dieser Stelle ganz herzlich willkommen. Ich begrüße die Mitglieder des wissenschaftlichen Arbeitskreises – allen voran dessen Vorsitzenden, Herrn Prof. Dr. Mann, der am Ende der Veranstaltung die Podiumsdiskussion moderieren wird. Für die fachliche Vorbereitung der heutigen Tagung danke ich Ihnen.

Schließlich heiße ich auch die Referenten und Teilnehmer der Podiumsdiskussion unserer heutigen Tagung herzlich willkommen. Ich freue mich sehr, dass es uns auch diesmal wieder gelungen ist, namhafte Experten auf dem Gebiet des Rechts der Freien Berufe für unsere Veranstaltung zu gewinnen.

Besonders bedanken möchte ich mich bei Ihnen, sehr geehrter Herr Prof. Dr. Kluth, dass Sie die Aufgabe übernommen haben, das Impulsreferat auf unserer diesjährigen Tagung zu halten. Sie beschäftigen sich schon seit vielen Jahren – u. a. als Vorsitzender des Instituts für Kammerrecht an der Universität Halle-Wittenberg – mit dem freiberuflichen Berufs- und Kammerrecht und sind ein ausgewiesener Kenner dieses Rechtsgebiets. Wir sind daher sehr gespannt auf Ihren Vortrag und freuen uns, von Ihnen zu hören, wie Sie die Zukunft der Freiberufergesellschaft einschätzen.

Meine sehr geehrten Damen und Herren, die berufsrechtlichen Regelungen der Freien Berufe stehen verstärkt auf dem Prüfstand der

höchstrichterlichen Rechtsprechung. Dies gilt aktuell insbesondere auch für das StBerG, das der Europäische Gerichtshof („EuGH“) derzeit bezüglich dessen Vereinbarkeit mit der europäischen Dienstleistungsrichtlinie überprüft. Auf nationaler Ebene stehen derzeit die Regelungen zur interprofessionellen Zusammenarbeit besonders im Fokus. Dabei widmen sich sowohl BVerfG als auch BGH der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit bestehender Beschränkungen.

Das BVerfG hat die Regelungen im Berufsrecht der Rechts- und Patentanwälte, die bei einer Rechts- bzw. Patentanwalts-gesellschaft bestimmte Anteils- und Mehrheitserfordernisse zugunsten der Angehörigen einer Berufsgruppe vorschreiben, für verfassungswidrig erklärt. Das Gericht hat dies insbesondere damit begründet, dass das Regelungsziel – die Unabhängigkeit der Berufsträger zu schützen – bereits durch die allgemeine Berufspflicht zur Unabhängigkeit gewahrt sei. Zusätzliche Vorgaben auf der Gesellschafter- oder Geschäftsführungsebene seien daher nicht erforderlich und verfassungsrechtlich nicht zulässig.

Der BGH ist der Auffassung, dass das derzeit geltende Verbot der Bildung einer Partnerschaft zwischen Rechtsanwälten und Ärzten bzw. Apothekern mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar sei. Auch der BGH begründet seine Auffassung damit, dass diese Beschränkung zur Absicherung der Verschwiegenheit und Unabhängigkeit des Anwalts nicht erforderlich sei. Er hat deshalb die Frage, ob die Regelung des § 59a Abs. 1 BRAO verfassungsgemäß ist, dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt. Die geschilderte Entscheidung des BVerfG und der Vorlagebeschluss des BGH werfen eine Vielzahl berufsrechtlicher Fragen auf.

Die zwei zentralen Fragen lauten hier:

- Wie wird sich die interprofessionelle Freiberuflergesellschaft in der Zukunft entwickeln?
- Welche Folgen haben die zum anwaltlichen Berufsrecht ergangenen Entscheidungen für die anderen Freien Berufe?

Für die Steuerberater stellt sich bei der Diskussion um die Anteils- und Mehrheitserfordernisse u. a. die Frage: Ist eine Steuerberatungsgesellschaft künftig auch dann zulässig, wenn keiner der Geschäftsführer ein Steuerberater ist, sondern diese nur Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer sind? Wir meinen: nein. Schon aus wettbewerbsrechtlichen Gründen muss mindestens ein Steuerberater Geschäftsführer einer

Steuerberatungsgesellschaft sein. Denn die Bezeichnung „Steuerberatungsgesellschaft“ wäre irreführend, wenn im Leitungsorgan nicht einmal ein Steuerberater vertreten wäre.

Meine Damen und Herren: Wo „Steuerberater“ drauf steht, muss auch Steuerberater drin sein. Alles andere wäre Etikettenschwindel. Im Übrigen ist die Gefahr einer faktischen Beeinträchtigung der Unabhängigkeit bei Gesellschaften, die nur von Berufsfremden geleitet werden, besonders hoch. Für uns steht fest: Mindestens ein Geschäftsführer muss Steuerberater sein.

In der Literatur wird vereinzelt die Auffassung vertreten, dass als Folge der Entscheidung des BVerfG auch die Kapitalbindung nicht mehr haltbar sei.

Diese Folgerung ist für uns schlicht nicht nachzuvollziehen. Das Gericht hat seine Entscheidung maßgeblich damit begründet, dass sich die Berufsordnungen der Rechts- und Patentanwälte im Hinblick auf die Wahrung der beruflichen Unabhängigkeit nicht unterscheiden. Daher befürchtet es auch keine „Übergriffe“ in die berufliche Unabhängigkeit der jeweils anderen Berufsgruppe. Bei gewerblichen Unternehmen wie z. B. Banken und Versicherungen ist dies aber gerade nicht der Fall.

Meine Damen und Herren: Wer die Entscheidung des BVerfG auf die Frage der Kapitalbindung überträgt, vergleicht somit Äpfel mit Birnen. Im Übrigen hat das Gericht ausdrücklich hervorgehoben, dass die anwaltliche Unabhängigkeit durch eine Reihe von berufsrechtlichen Regelungen flankiert und gesichert wird. Eine dieser zusätzlichen Sicherungen ist die Kapitalbindung, die das BVerfG in seiner Entscheidung gerade nicht infrage gestellt hat.

Damit möchte ich es mit meinen fachlichen Ausführungen bewenden lassen. Sie erwartet nun ein interessantes Impulsreferat, in dessen Anschluss wir eine Podiumsdiskussion vorgesehen haben. Die Teilnehmer des Podiums werden zu Beginn in einem Einführungsstatement kurz erläutern, wie sie aus ihrer Perspektive die Zukunft der Freiberuflergesellschaft beurteilen. Danach möchten wir die gewonnenen Erkenntnisse und vermutlich unterschiedlichen Standpunkte mit Ihnen und den Podiumsteilnehmern näher diskutieren.

Aber auch für Ihr leibliches Wohl ist gesorgt. Im Anschluss an die Berufsrechtstagung möchten wir Sie gerne zu einem kleinen Imbiss einla-

den, sodass Gelegenheit besteht, die Diskussion in geselliger Runde noch fortzusetzen.

Der guten Ordnung halber muss ich Sie darauf hinweisen, dass die Berufsrechtstagung aufgezeichnet wird. Es ist vorgesehen, die Beiträge und die Ergebnisse der Podiumsdiskussion in einem Tagungsband zu veröffentlichen. Wenn Sie sich bei der Podiumsdiskussion zu Wort melden möchten, bitte ich Sie daher, zuerst laut und deutlich Ihren Namen zu nennen.

Ich wünsche uns allen erkenntnisreiche Vorträge, eine spannende Diskussion und gebe das Wort an Herrn Prof. Dr. Kluth.

I. Impulsreferat

Quo vadis Freiberuflergesellschaft?

Prof. Dr. Winfried Kluth

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Senator der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Vorsitzender des Instituts für Kammerrecht e. V. sowie des Instituts für Marktordnungs- und Berufsrecht e. V.

1. Die besondere Relevanz der Berufsorganisation bei den Freien Berufen

Die Entwicklung des Berufsrechts der sog. reglementierten Freien Berufe in Deutschland war in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts durch das Bemühen des Gesetzgebers bestimmt, das überkommene Leitbild der Freiberuflichkeit gegenüber dem Einfluss von Marktprozessen sowohl auf der Seite der Berufsträger selbst als auch von Seiten der Auftraggeber abzuschotten. Dies wurde damit begründet, dass in den überkommenen Strukturen des Berufsrechts¹ und der Organisation der Berufsausübung unverzichtbare Instrumente der Qualitätssicherung verankert sind, auf die wegen der erheblichen Bedeutung der erbrachten Dienstleistungen sowohl für den einzelnen Auftraggeber als auch für die Gesamtgesellschaft nicht verzichtet werden könne.²

Die Berufsträger selbst haben sich in Gestalt der Stellungnahmen ihrer Berufsorganisationen zwar überwiegend zustimmend zu dieser konservativen rechtspolitischen Ausrichtung geäußert. Zugleich waren es aber auch immer wieder Berufsträger, die nicht zuletzt vor dem Hintergrund struktureller Veränderungen auf den internationalen Dienstleistungsmärkten auf eine deregulierende Öffnung des Berufsrechts zugunsten weiterer Gestaltungsspielräume drängten. Dies betraf zunächst die professionelle Kommunikation (Werbung)³, dann die Entgeltregelungen⁴

1 Zum Leitbild der Freien Berufe und seiner Entwicklung näher *Pitschas*, in: Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2005, 2006, S. 349 ff.; *Madeker*, in: Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2008, 2009, S. 361 ff.

2 Siehe im Überblick zu den Rechtfertigungsmustern *Kluth/Goltz/Kujath*, Die Zukunft der freien Berufe in der Europäischen Union, 2005.

3 BVerfGE 94, S. 372 ff.

4 BVerfGE 117, S. 163 ff. zu Erfolgshonoraren.

und schließlich die Berufsorganisation⁵ einschließlich der interprofessionellen Kooperation.⁶ Diese Bestrebungen wurden durch die Debatte im Umfeld der EU-Dienstleistungsrichtlinie⁷ gebündelt und beflügelt, weil mit den Prüfkriterien der Richtlinie für die Berufsausübung und die Berufsorganisation ein systematischer Analyseprozess ausgelöst wurde.⁸

Ein zentraler Aspekt dieser Entwicklung, die Bildung großer und multidisziplinärer Beratungsunternehmen, wurde dabei durch die Auftraggeber maßgeblich unterstützt, weil es ein wachsendes Interesse an einer multidisziplinären Dienstleistung „aus einer Hand“ gab. Mit anderen Worten: Die Nachfragestrukturen übten einen erheblichen Einfluss auf die Angebotsstrukturen aus. Waren es zunächst integrierte Dienstleistungen aus dem Bereich der Rechts-, Steuer- und Wirtschaftsberatung und -prüfung, so sind es inzwischen sehr vielfältige thematische Schnittmengen, die integriert nachgefragt werden.⁹

Dieser aktuelle Befund steht in einem deutlichen Kontrast zu den Anfängen des modernen Rechts der Freien Berufe, bei dem die Berufsausübung in eigener Niederlassung¹⁰ die Regel war und das Leitbild der Freiberuflichkeit lange Zeit prägte. Ärzte, Rechtsanwälte und Notare übten in diesem organisatorischen Rahmen ihren Beruf aus. Doch bereits der angestellte Krankenhausarzt¹¹ zeigt, dass es bereits früh Abweichungen von dieser Regel gab.

Lenkt man die Aufmerksamkeit auf die Vorgaben für die professionelle Kooperation innerhalb der Berufsgruppen und zwischen ihnen, so fällt auf, dass es in diesem Bereich zwar in den letzten Jahrzehnten erhebliche Veränderungen und Lockerungen gegeben hat. Die Regelungen

5 BGH, DStRE 2005, S. 1169 zur Anwalts-Aktiengesellschaft.

6 BVerfGE 135, S. 90 ff.; BVerfG, NJW 2016, S. 700.

7 Insbesondere Art. 15 ff. RL 2006/123/EG. Dazu näher die Kommentierungen in Schlachter/Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008.

8 Siehe dazu nur *Grunewald* und *Kleine-Cosack*, in: Leible (Hrsg.), Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie – Chancen und Risiken für Deutschland, 2008, S. 175 ff. und 187 ff.

9 Das zeigt jüngst BVerfG NJW 2016, S. 700 ff. am Beispiel der Kooperation von Rechtsanwälten mit Ärzten und Apothekern.

10 Sprichwörtlich ist der Apotheker in der eigenen Apotheke; siehe BVerfGE 7, S. 399 ff.

11 Er ist als Freiberufler anerkannt und gesetzliches Pflichtmitglied der Ärztekammer. Da es in Bezug auf die Krankenhausträgerschaft kein Fremdbesitzverbot gibt, wird hier auch ein weiterer Grundsatz des herkömmlichen Leitbildes der Freiberuflichkeit durchbrochen.

sind aber alles andere als einheitlich¹² und weisen zuweilen selbst in Bezug auf den gleichen Beruf erhebliche Unterschiede auf, wenn sie durch Landesrecht normiert sind.¹³

Wenn im Folgenden die Freiberuflergesellschaft in den Blick genommen wird, so wird es vor dem Hintergrund der knapp skizzierten Entwicklungen vor allem darum gehen, zu klären, ob das geltende, nach wie vor restriktive deutsche Berufsrecht der Steuerberater in diesem Bereich verfassungs- und unionsrechtlich Bestand haben kann und mit welchen Änderungen und Herausforderungen zu rechnen ist. Die im Titel enthaltene Formel „Quo vadis?“ ist dabei angesichts neuerer Urteile aus Karlsruhe mehr als eine rhetorische Floskel.

2. Die Infragestellung von rechtlichen Restriktionen der beruflichen Selbstorganisation

a) Infragestellung durch „Außenseiter“ – das Beispiel *DocMorris*

Ein leicht nachvollziehbares Interesse an der Liberalisierung von nationalen Vorschriften, die den Marktzugang begrenzen, haben naturgemäß diejenigen im Ausland, insbesondere in anderen EU-Mitgliedstaaten, ansässigen Dienstleister, die die entsprechenden Zugangsanforderungen nicht erfüllen und insoweit im geltenden Rechtssystem als Außenseiter qualifiziert werden können. Ihnen ist daran gelegen, die Unverhältnismäßigkeit der Marktzugangsbeschränkung zu belegen, vor allem indem sie die mangelnde Eignung und Erforderlichkeit nachweisen.

Ein markantes Beispiel für eine solche Vorgehensweise mit Bezug auf die Anforderungen an eine Freiberuflergesellschaft stellt das *DocMorris*-Urteil des EuGH¹⁴ dar, bei dem das deutsche Fremdbesitzverbot zur Überprüfung stand.

Im Ausgangsverfahren vor dem Verwaltungsgericht des Saarlandes¹⁵ stritten die Apothekerkammer des Saarlandes und das saarländische

12 Das gilt u. a. für die Fremdbesitzverbote. Dazu näher *Kluth*, in: Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2007, 2008, S. 365 ff.

13 Das gilt namentlich für die Kooperation von Ärzten mit anderen Gesundheitsberufen.

14 EuGH, Urteil v. 19.05.2009 in den verbundenen Rechtssachen C-171/07 und C-172/07, ECLI:EU:C:2009:316.

15 VG Saarlouis, NVwZ-RR 2008, S. 95.

Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales¹⁶ darüber, ob die geltende gesetzliche Regelung in § 2 des Gesetzes über das Apothekenwesen in seiner im BGBl. I 1980, S. 1993, veröffentlichten und durch Verordnung v. 31.10.2006 (BGBl. I 2006, S. 2407) geänderten Fassung (im Folgenden: „ApoG“), nach der als Inhaber einer Apotheke nur zugelassen werden kann, wer eine Approbation als Apotheker besitzt, mit dem Recht der Europäischen Union, insbesondere der in Art. 43 AEUV geregelten Niederlassungsfreiheit, vereinbar ist.

Der EuGH geht in seiner Entscheidung davon aus, dass die Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36 auf den Fall nicht anwendbar ist und deshalb die Grundfreiheit der Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 AEUV als Prüfungsmaßstab zugrunde zu legen ist.¹⁷ In Bezug auf diese Regelung geht der EuGH von einer beschränkenden Wirkung der Regelung in § 2 ApoG aus, die aber gerechtfertigt ist. Die Ausführungen des EuGH zur Rechtfertigung des Fremdbesitzverbots werden aus methodischen Gründen im Folgenden detailliert und im Wortlaut wiedergegeben, damit an späterer Stelle der Vergleich mit der Argumentation des BVerfG leichter vorgenommen werden kann. Der EuGH erläutert zunächst¹⁸ die Anforderungen, die an die Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach seiner Rechtsprechung gestellt werden:

„Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, die ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar sind, können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sofern sie geeignet sind, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (vgl. Urteil Hartlauer, Rdnr. 44).

In den Ausgangsverfahren ist erstens festzustellen, dass die fragliche nationale Regelung ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit Anwendung findet.

16 Diese Konstellation ergab sich aus dem Umstand, dass das zuständige Ministerium die Rechtsansicht von DocMorris teilte und deshalb als Aufsichtsbehörde von der zuständigen Apothekerkammer die Zulassung verlangte. Zu Einzelheiten des Sachverhalts siehe EuGH [oben Fn. 14], Rdnr. 11 ff.

17 EuGH [Fn. 14], Rdnr. 18–21.

18 EuGH [Fn. 14], Rdnr. 22 ff.

Zweitens gehört der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die Beschränkungen der vom Vertrag gewährleisteten Verkehrsfreiheiten wie der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können (vgl. u. a. Urteil Hartlauer, Rdnr. 46).

Im Einzelnen lassen sich Beschränkungen der genannten Verkehrsfreiheiten mit dem Ziel rechtfertigen, eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen (vgl. in diesem Sinne Urteile des Deutschen Apothekerverbandes, Rdnr. 106, und v. 11.09.2008, Kommission/Deutschland, Rdnr. 47).“

Im nächsten Schritt prüft der EuGH die Geeignetheit der deutschen Regelung:¹⁹

„Hierbei muss der Mitgliedstaat, wenn eine Ungewissheit hinsichtlich des Vorliegens oder der Bedeutung der Gefahren für die menschliche Gesundheit bleibt, Schutzmaßnahmen treffen können, ohne warten zu müssen, bis der Beweis für das tatsächliche Bestehen dieser Gefahren vollständig erbracht ist. Außerdem kann der Mitgliedstaat diejenigen Maßnahmen treffen, die eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung, wozu im Einzelnen eine Gefahr für die sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gehört, weitestmöglich verringern (vgl. in diesem Sinne Urteil v. 05.06.2007, Rosengren u. a., C-170/04, Slg. 2007, I-4071, Rdnr. 49).

In diesem Zusammenhang ist der ganz besondere Charakter der Arzneimittel zu betonen, deren therapeutische Wirkungen sie substanziiell von den übrigen Waren unterscheiden (vgl. in diesem Sinne Urteil v. 21.03.1991, Delattre, C-369/88, Slg. 1991, I-1487, Rdnr. 54).

Aufgrund dieser therapeutischen Wirkungen können Arzneimittel, wenn sie ohne Not oder falsch eingenommen werden, der Gesundheit schweren Schaden zufügen, ohne dass der Patient sich dessen bei ihrer Verabreichung bewusst sein kann.

19 EuGH [Fn. 14], Rdnr. 30 ff.

Eine übermäßige Einnahme oder falsche Verwendung von Arzneimitteln führt außerdem zu einer Verschwendung finanzieller Mittel, die umso schädlicher ist, als der Pharmabereich erhebliche Kosten verursacht und wachsenden Bedürfnissen entsprechen muss, während die finanziellen Mittel, die für die Gesundheitspflege bereitgestellt werden können, unabhängig von der Art und Weise der Finanzierung nicht unbegrenzt sind (vgl. entsprechend für die Krankenhausversorgung Urteile v. 13.05.2003, Müller-Fauré und van Riet, C-385/99, Slg. 2003, I-4509, Rdnr. 80, sowie Watts, Rdnr. 109). Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass zwischen diesen finanziellen Mitteln und den Gewinnen von auf dem Pharmasektor tätigen Wirtschaftsteilnehmern eine unmittelbare Beziehung besteht, denn in den meisten Mitgliedstaaten wird die Verschreibung von Arzneimitteln von den betreffenden Krankenversicherungsträgern erstattet.

In Anbetracht dieser Gefahren für die Gesundheit der Bevölkerung und das finanzielle Gleichgewicht der Sozialversicherungssysteme können die Mitgliedstaaten die mit dem Einzelhandelsvertrieb der Arzneimittel betrauten Personen, u. a. was die Modalitäten ihrer Vermarktung und das Gewinnstreben anbelangt, strengen Anforderungen unterwerfen. Insbesondere können sie den Verkauf von Arzneimitteln im Einzelhandel grundsätzlich Apothekern vorbehalten wegen der Garantien, die diese bieten müssen, und der Informationen, die sie den Verbrauchern geben können müssen (vgl. in diesem Sinne Urteil Delattre, Rdnr. 56).“

Für die weiteren Erwägungen ist ein kompetenzrechtliches Argument von besonderer Relevanz: Da das Gesundheitsrecht nicht harmonisiert ist, steht den Mitgliedstaaten in diesem Bereich ein größerer Gestaltungsspielraum zu:

„Da die Mitgliedstaaten befugt sind, über das Niveau des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung zu entscheiden, ist anzuerkennen, dass sie verlangen können, dass die Arzneimittel von Apothekern vertrieben werden, die über tatsächliche berufliche Unabhängigkeit verfügen. Sie können auch Maßnahmen treffen, die geeignet sind, eine Gefahr der Beeinträchtigung dieser Unabhängigkeit zu beseitigen oder zu verringern, da eine derartige Beeinträchtigung geeignet wäre, sich auf das Niveau der Sicherheit und der Qualität der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung auszuwirken.

In diesem Zusammenhang sind drei Kategorien möglicher Betreiber einer Apotheke zu unterscheiden, nämlich die der natürlichen Personen, die Apotheker sind, die der auf dem Sektor der pharmazeutischen Produkte als Hersteller oder Großhändler tätigen Personen und die der Personen, die weder Apotheker sind noch einer Tätigkeit in dem genannten Sektor nachgehen.

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

Dies führt den EuGH zu dem Ergebnis, dass die Normierung eines Fremdbesitzverbots *grundsätzlich* eine zulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt:

„Folglich kann ein Mitgliedstaat im Rahmen seines in Rdnr. 19 des vorliegenden Urteils erwähnten Wertungsspielraums der Ansicht sein, dass der Betrieb einer Apotheke durch einen Nichtapotheker im Unterschied zu einer von einem Apotheker betriebenen Apotheke eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung, insbesondere für die Sicherheit und Qualität des Einzelhandelsvertriebs der Arzneimittel, darstellen kann, weil das Gewinnstreben im Rahmen eines derartigen Betriebs nicht mit mäßigenden Faktoren wie den in Rdnr. 37 des vorliegenden Urteils angeführten einhergeht, die die Tätigkeit der Apotheker kennzeichnen (vgl. entsprechend für Leistungen der Sozialhilfe Urteil v. 17.06.1997, Sodemare u. a., C-70/95, Slg. 1997, I-3395, Rdnr. 32).

Es ist somit einem Mitgliedstaat insbesondere unbenommen, im Rahmen des genannten Wertungsspielraums zu beurteilen, ob eine

derartige Gefahr bei Herstellern und Großhändlern pharmazeutischer Produkte deshalb vorliegt, weil sie die Unabhängigkeit der angestellten Apotheker dadurch beeinträchtigen könnten, dass sie diese zu einer Förderung derjenigen Arzneimittel anhalten, die sie selbst herstellen oder vertreiben. Ein Mitgliedstaat darf außerdem beurteilen, ob die Gefahr besteht, dass Betreiber, die keine Apotheker sind, die Unabhängigkeit der angestellten Apotheker dadurch beeinträchtigen, dass sie diese dazu anhalten, Arzneimittel zu verkaufen, deren Bevorratung nicht mehr einträglich ist, oder dass diese Betreiber Betriebskostenkürzungen vornehmen, die geeignet wären, die Modalitäten des Einzelhandelsvertriebs der Arzneimittel zu beeinträchtigen.“

Ein gewichtiges Prüfkriterium in der neueren wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH spielt das sog. Kohärenzerfordernis. Damit wird überprüft, ob eine beschränkende Regelung in sich stimmig ist und der nationale Gesetzgeber die zur Rechtfertigung angeführten Ziele konsequent in allen Teilen der relevanten gesetzlichen Regelungen verfolgt und umsetzt.²⁰ Zu diesem Gesichtspunkt führt der EuGH aus:²¹

„In ihren beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen haben die Kommission und DocMorris außerdem geltend gemacht, dass sich die Regel des Ausschlusses von Nichtapothekern in den Ausgangsverfahren nicht mit dem Allgemeininteresse rechtfertigen lasse, da dieses Ziel nicht in kohärenter Weise verfolgt werde.

Hierzu geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor, dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Erreichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen (vgl. Urteile v. 06.03.2007, Placanica u. a., C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891, Rdnr. 53 und 58, v. 17.07.2008, Corporación Dermoestética, C-500/06, Slg. 2008, I-0000, Rdnr. 39 und 40, sowie Hartlauer, Rdnr. 55).

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die nationale Regelung den Betrieb von Apotheken durch Nichtapotheker nicht absolut ausschließt.

20 Dazu näher Frenz, EuR 2012, S. 344 ff.

21 EuGH [Fn. 14], Rdnr. 41 ff.

Zunächst sieht § 13 Abs. 1 ApoG als Ausnahme vor, dass die Erben eines Apothekers, die selbst keine Apotheker sind, die Apotheke, die sie geerbt haben, für längstens zwölf Monate betreiben dürfen.

Diese Ausnahme erweist sich indes im Hinblick auf den Schutz der legitimen Rechte und Vermögensinteressen der Familienmitglieder des verstorbenen Apothekers als gerechtfertigt. Insoweit ist festzustellen, dass die Mitgliedstaaten der Ansicht sein können, dass die Interessen der Erben eines Apothekers nicht geeignet sind, die Anforderungen und Garantien in Frage zu stellen, die sich aus ihren jeweiligen Rechtsordnungen ergeben und denen die Betreiber, die Apotheker sind, entsprechen müssen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere der Umstand zu berücksichtigen, dass die ererbte Apotheke während der gesamten Übergangszeit unter der Verantwortung eines diplomierten Apothekers betrieben werden muss. Folglich lassen sich die Erben in diesem konkreten Zusammenhang anderen Betreibern, die keine Apotheker sind, nicht gleichstellen.

Außerdem ist festzustellen, dass die genannte Ausnahme nur befristete Auswirkungen hat, da die Erben binnen zwölf Monaten die Rechte zum Betrieb der Apotheke auf einen Apotheker übertragen müssen.

Diese Ausnahme zielt somit darauf ab, es den Rechtsnachfolgern zu ermöglichen, die Apotheke innerhalb einer Frist, die sich nicht als unvernünftig erweist, einem Apotheker zu übertragen, so dass sie als ungefährlich für die Sicherheit und die Qualität der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung angesehen werden kann.

Sodann kann sich eine derartige Gefahr auch nicht aus der Tatsache ergeben, dass Krankenhäuser interne Apotheken betreiben dürfen. Denn diese Apotheken sollen nicht die Versorgung von Personen außerhalb dieser Krankenhäuser mit Arzneimitteln sicherstellen, sondern den Einrichtungen, in denen sie sich befinden, Arzneimittel bereitstellen. Die derartige Apotheken betreibenden Krankenhäuser können somit grundsätzlich keinen Einfluss auf das allgemeine Niveau der Sicherheit und der Qualität der Versorgung der Gesamtbevölkerung mit Arzneimitteln haben. Außerdem gibt in Anbetracht dessen, dass diese Krankenhäuser Erbringer medizinischer Dienstleistungen sind, nichts zu der Vermutung Anlass, dass sie ein Interesse an der Erzielung von Gewinnen zulasten der Pati-

enten hätten, für die die Arzneimittel der Apotheken, die sich in ihrem Haus befinden, bestimmt sind.

Schließlich gestattet zwar die genannte Regelung Apothekern, bis zu drei Filialen ein und derselben Apotheke zu betreiben, doch hängt eine derartige Möglichkeit von mehreren Voraussetzungen ab, die darauf abzielen, die zwingenden Gebote der Gesundheit der Bevölkerung sicherzustellen. Zunächst betreibt der betreffende Apotheker die Filialapotheken in eigener Verantwortung und bestimmt somit die allgemeine Geschäftspolitik dieser Filialen. Für die genannten Filialen ist mithin davon auszugehen, dass auch sie unter einem beruflich-fachlichen Blickwinkel betrieben werden, wobei das private Interesse an Gewinnerzielung in dem gleichen Maße gezügelt wird, wie dies beim Betrieb von Apotheken, die nicht den Status von Filialapotheken haben, der Fall ist. Sodann müssen diese Filialen in einem bestimmten räumlichen Umkreis liegen, damit eine hinreichende Anwesenheit des betreibenden Apothekers in den Filialen und deren tatsächliche Überwachung durch diesen gewährleistet ist. Schließlich hat der betreibende Apotheker für jede Filiale einen Apotheker als Verantwortlichen zu benennen, der für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und dafür zu sorgen hat, dass die Führung der betreffenden Filialapotheke mit der allgemeinen Geschäftspolitik, die der betreibende Apotheker festgelegt hat, übereinstimmt.

Da der Betrieb der genannten Filialapotheken von diesen Bedingungen abhängig ist, kann die in den Ausgangsverfahren fragliche Regelung nicht als inkohärent angesehen werden.

Nach alledem ist festzustellen, dass die in den Ausgangsverfahren fragliche Regelung geeignet ist, die Erreichung des Ziels zu gewährleisten, eine sichere und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln und somit den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung sicherzustellen.“

Es folgt in einem vierten und letzten Schritt die klassische Abwägung als Kernbestandteil einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. In diesem Punkt sind die Unterschiede zwischen der Dogmatik der Grundfreiheiten und der Dogmatik der Grundrechte auf deutscher und europäischer Ebene

nur noch minimal.²² Bezogen auf das Fremdbesitzverbot führt die Prüfung des EuGH zu folgendem Ergebnis:²³

„Hierzu haben die Kommission und DocMorris beim Gerichtshof geltend gemacht, dass sich der genannte Zweck durch weniger beschränkende Maßnahmen wie die Verpflichtung zur Anwesenheit eines Apothekers in der Apotheke, zum Abschluss einer Versicherung oder ein System angemessener Kontrollen und wirksamer Maßregeln erreichen lasse.

Jedoch kann im Hinblick auf den den Mitgliedstaaten überlassenen Wertungsspielraum, auf den in Rdnr. 19 des vorliegenden Urteils hingewiesen worden ist, ein Mitgliedstaat der Ansicht sein, dass die Gefahr besteht, dass in der Praxis gegen die Rechtsvorschriften zur Sicherstellung der beruflichen Unabhängigkeit der Apotheker verstoßen wird, weil das Interesse eines Nichtapothekers an der Erzielung von Gewinnen nicht entsprechend dem der selbständigen Apotheker gemäßigt würde und die Unterstellung von Apothekern als Angestellte unter einen Betreiber es für sie schwierig machen könnte, sich den von diesem Betreiber erteilten Anweisungen zu widersetzen.

Abgesehen von allgemeinen Erwägungen hat die Kommission nichts vorgetragen, woraus sich ergeben könnte, welches konkrete System geeignet wäre, ebenso wirksam wie die Regel des Ausschlusses von Nichtapothekern zu gewährleisten, dass trotz der in der vorstehenden Randnummer des vorliegenden Urteils angeführten Erwägungen in der Praxis nicht gegen die genannten Rechtsvorschriften verstoßen würde.

Außerdem lassen sich entgegen dem Vorbringen von DocMorris und der Kommission die Gefahren für die Unabhängigkeit des Apothekerberufs auch nicht ebenso wirksam dadurch ausräumen, dass eine Pflicht zum Abschluss einer Versicherung wie der zivilen Haftpflichtversicherung auferlegt wird. Eine solche Maßnahme würde zwar dem Patienten erlauben, für einen etwa erlittenen Schaden einen finanziellen Ausgleich zu erhalten, doch würde sie im Nachhinein greifen und wäre weniger wirksam als die genannte Regel,

22 Siehe dazu näher Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7, Rdnr. 126 ff. und § 14, Rdnr. 110 ff.

23 EuGH [Fn. 14], Rdnr. 53 ff.

da sie in keiner Weise den betreffenden Betreiber davon abhalten würde, auf die angestellten Apotheker Einfluss auszuüben.

Demnach ist nicht erwiesen, dass eine andere Maßnahme, die die von Art. 43 EG garantierte Freiheit weniger beschränkt als die Regel des Ausschlusses von Nichtapothekern, es erlauben würde, ebenso wirksam das sich aus der Anwendung dieser Regel ergebende Niveau der Sicherheit und Qualität der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sicherzustellen.

Folglich erweist sich die in den Ausgangsverfahren fragliche nationale Regelung als geeignet, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, und geht nicht über dasjenige hinaus, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. Die aus dieser Regelung folgenden Beschränkungen lassen sich daher durch dieses Ziel rechtfertigen.“

Der EuGH würdigt demnach die vom deutschen Gesetzgeber verfolgten Zielsetzungen sehr genau und belässt diesem vor dem Hintergrund der fehlenden Harmonisierung des Gesundheitsrechts einen erheblichen Bewertungsspielraum bei der Abwehr von etwaigen Gefahren für die Gesundheit der Verbraucher. Zudem wird bei der Anwendung des Kohärenzgebotes die begrenzte Reichweite und innere Logik von abweichenden Regelungen beachtet.

Die Argumentation des EuGH lässt zudem erkennen, dass es auch aus der Perspektive der Niederlassungsfreiheit gute Gründe für ein Fremdbesitzverbot geben kann, wenn und soweit es gelingt, den damit verbundenen Effekt der Abwehr von Gefahren für hochrangige Rechtsgüter nachzuweisen.

b) Infragestellung durch Berufsträger – das Beispiel der Kooperation von Rechtsanwälten und Patentanwälten

Die Kritik an beschränkenden Regelungen des Berufsrechts im Allgemeinen und zur Freiberuflergesellschaft im Besonderen wird aber auch von Berufsträgern vorgebracht, die sich eine größere Gestaltungsfreiheit wünschen. Dafür werden nicht nur ökonomische Gründe und veränderte Erwartungen der internationalisierten Dienstleistungsmärkte angeführt. Es werden auch die Rechtfertigungsgründe für die bislang geltenden Regelungen infrage gestellt.

Exemplarisch kann in diesem Zusammenhang auf die Argumentation Bezug genommen werden, die von den Beschwerdeführern im Verfahren vor dem BVerfG zur Kooperation von Rechtsanwälten und Patentanwälten vorgebracht wurde.²⁴

„Die Gesetzesmaterialien ließen keinen sachlichen Grund erkennen, der die Bevormundung anderer sozietätsfähiger Berufsgruppen – wie namentlich der Patentanwälte – durch die Gesellschafter und Geschäftsführer aus der Rechtsanwaltschaft rechtfertigen könne. Den fraglichen Regelungen fehle es an der Eignung, die Unabhängigkeit der Rechtsanwaltschaft zu fördern. Eine Gefährdung anwaltlicher Unabhängigkeit durch Patentanwälte gebe es nicht. Dies werde dadurch belegt, dass § 59a Abs. 1 Satz 1 BRAO Rechtsanwälten die berufliche Zusammenarbeit mit Patentanwälten grundsätzlich gestatte. Es genüge, dass die anwaltliche Leitungsmacht im Einzelfall bestehe, was mittelbar dadurch gesichert sei, dass die Gesellschaft im Haftungsfall bei den verantwortlichen Gesellschaftern Regress nehmen könne.

Die angegriffenen Vorschriften seien auch nicht erforderlich. Es gebe keinen nachvollziehbaren Grund dafür, Willensbildung und Organstellung der Rechtsanwaltsgesellschaft zu reglementieren, wenn die Gesellschaft selbst schon an das Berufsrecht gebunden sei. Das gelte erst recht, wenn – wie hier – auch die Gesellschafter rechtsgebunden seien und Nicht-Anwälte ohnehin nicht anwaltlich tätig werden dürften. Eine Gefährdung der Unabhängigkeit sei bei den gemischten Sozietäten in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Partnerschaftsgesellschaft bislang nicht aufgetreten, sodass die weniger belastende Alternative in der Abschaffung der angegriffenen Vorschriften liege. Aus der fehlenden Eignung und Erforderlichkeit folge auch die Unangemessenheit der angegriffenen Vorschriften.“

Im Vordergrund dieser Argumentation steht eine von den Erwägungen des Gesetzgebers grundsätzlich abweichende Gefahreinschätzung durch die Beschwerdeführer, die im Hinblick auf die Gesetzgebungstechnik die unterschiedliche Eingriffsintensität von Maßnahmen der präventiven und abstrakten Gefahrenabwehr einerseits und der beglei-

24 BVerfGE 135, S. 90 (S. 104 f.).

tenden bzw. repressiven Gefahrenabwehr andererseits als zentrales Grundmuster der Debatte erkennen lässt.²⁵

c) Infragestellung aus volkswirtschaftlichen Gründen – die Aktivitäten der EU-Kommission

Schließlich werden zahlreiche beschränkende Regelungen des Berufsrechts der Freien Berufe durch die EU-Kommission mit dem Hinweis auf ihre negativen volkswirtschaftlichen Effekte infrage gestellt. Die in diesem Zusammenhang seit Jahrzehnten vorgetragene Argumentationslinie beruht auf dem Gedanken, dass es vor allem Marktzugangshindernisse sind, die eine Weiterentwicklung des Wettbewerbs im Binnenmarkt der Dienstleistungen behindern.²⁶ Soweit es zur Gefährdung von Verbraucherinteressen komme, sei es ausreichend, diesen durch eine Verbesserung der Berufsaufsicht und eine Verschärfung des Haftungsrechts Rechnung zu tragen. An die Stelle einer Marktzugangskontrolle müsse ein verbessertes Instrumentarium der Marktverhaltenskontrolle treten.²⁷

Die ordnungspolitische Strategie der EU-Kommission bevorzugt die binnenmarktbezogene Bilanzperspektive gegenüber den Interessen der einzelnen betroffenen Verbraucher und lastet diesen die Transaktionskosten des Übergangs von der Marktzugangs- zur Marktverhaltenskontrolle auf. Aus der heutigen Perspektive ist aber fraglich, ob diese Vorgehensweise überhaupt erfolversprechend ist. Die Begründung der Änderungsrichtlinie zur Berufsanerkennungsrichtlinie zeigt in aller Deut-

25 Dieses Grundmuster prägt viele Grundsatzdebatten, bei denen es um die Rechtfertigung von Grundrechtsbeschränkungen geht. Verwiesen werden kann in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des BVerfG zum Kopftuchverbot in Schulen. Während das Gericht in seiner ersten Entscheidung dem Gesetzgeber noch die Wahl zwischen abstrakter und konkreter Gefahrenabwehr beließ (BVerfGE 108, S. 282 [S. 302 ff.]), hat es in seiner neuen Entscheidung nur noch die konkrete Gefahrenabwehr als verhältnismäßige Maßnahme zugelassen (BVerfGE 138, S. 296 [S. 333 ff.]). Auch in seiner Rechtsprechung zum Ausweisungsrecht hat das BVerfG schrittweise die präventive, abstrakte Gefahrenabwehr untersagt. Siehe dazu näher *Kießling*, Die Abwehr terroristischer und extremistischer Gefahren durch Ausweisung, 2012, S. 80 ff.

26 Dazu näher *Kluth/Goltz/Kujath* [Fn. 2], S. 15 ff. Siehe vertiefend *Asemissen*, Berufsanerkennung und Dienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, 2014, S. 161 ff.

27 Diese grundsätzliche Wertung liegt auch dem Herkunftslandprinzip zugrunde, das von der EU-Kommission präferiert wird. Siehe dazu *Kluth/Rieger*, GewArch 2006, S. 1 ff.

lichkeit, dass die erwarteten Impulse für grenzüberschreitende Dienstleistungen nicht verwirklicht werden konnten.²⁸

d) Zwischenergebnis

Die bestehenden gesetzlichen Regelungen zur Freiberuflergesellschaft werden aus ganz verschiedenen Richtungen und Interessen infrage gestellt, und zwar sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene. Waren es zunächst die europäischen Akteure, die eine starke Deregulierung einforderten, so ist in den letzten Jahren das BVerfG zunehmend mit einzelnen Korrekturen des geltenden Berufsrechts in den Vordergrund getreten. Auch wenn seine Rechtsprechung bisweilen als halbherzig kritisiert wird²⁹, ist mit den neueren Urteilen dennoch eine Neuausrichtung des Rechts der beruflichen Kooperation verbunden. Deshalb sollen zwei wichtige Entscheidungen aus diesem Themenfeld nach einem kurzen Überblick zur berufsrechtsbezogenen Rechtsprechung genauer analysiert werden.

3. Die Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts

a) Überblick zu wichtigen Entscheidungen

Das BVerfG hat sich bereits in seinen Klassikern zum Grundrecht der Berufsfreiheit mit dem Recht der reglementierten Freien Berufe befasst. Sowohl das für die Dogmatik des Grundrechts aus Art. 12 GG wegweisende Apothekenurteil³⁰ als auch die Facharztentscheidung³¹ betrafen diesen Bereich des Berufsrechts und entwickelten grundlegende und praktisch wirksame Maßstäbe in Bezug auf die Berufswahlfreiheit.³²

Als weitaus weniger intensiv erwies sich demgegenüber die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Berufsausübungsregelungen, zu denen

28 Siehe „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung über die Verwaltungszusammenarbeit mithilfe des Binnenmarktinformationssystems“, KOM(2011) 883 endgültig vom 19.12.2011.

29 *Kleine-Cosack*, DVBl. 2016, S. 483 ff.

30 BVerfGE 7, S. 377 ff.

31 BVerfG 33, S. 303 ff.

32 Kritische Detailanalyse bei *Lücke*, Die Berufsfreiheit, 1994.

auch der größte Teil des Berufsrechts der reglementierten Freien Berufe gehört.³³ Zwar hatte das BVerfG bereits in seiner Kassenarztsentscheidung deutlich gemacht, dass auch bei Berufsausübungsregelungen unter bestimmten Voraussetzungen von einer hohen Eingriffsintensität und damit verbundenen erhöhten Rechtfertigungsanforderungen ausgegangen werden kann.³⁴ Zu praktisch bedeutsamen Korrekturen berufsrechtlicher Regelungen³⁵ kam es über viele Jahrzehnte indes nicht.

Beginnend mit einer Entscheidungsserie zum Recht der Werbung von Apothekern ab dem Jahr 1996³⁶ kam es zu einer Trendwende, die zu einer mit höherer Kontrolldichte verbundenen Rechtsprechungspraxis führte. Methodisch basierte diese auf einer strengeren Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch Beschränkung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit.³⁷ Diese Neuausrichtung hat in Abhängigkeit von den das BVerfG erreichenden Verfahren³⁸ inzwischen auch die Freiberuflergesellschaft erreicht.

Im Folgenden sollen zwei neuere Entscheidungen des BVerfG zur interprofessionellen Kooperation genauer analysiert werden. Dabei wird zur Verdeutlichung des Argumentationsdukts auf den Wortlaut der Urteilsgründe Bezug genommen.

b) Detailanalyse zur Entscheidung zur Kooperation von Rechts- und Patentanwälten v. 14.01.2014³⁹

In dieser Entscheidung hatte das BVerfG zu klären, ob bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zum Zweck der gemeinsamen Berufsausübung von Rechts- und Patentanwälten Regelungen das Grundrecht der Berufsfreiheit verletzen, soweit sie zugunsten einer der

33 Zu den wichtigsten Regelungsbereichen näher *Kluth/Goltz/Kujath* [Fn. 2], S. 22 ff.

34 BVerfGE 11, S. 30 (S. 42 f.).

35 Zur Einordnung von Werbeverboten als unproblematischen Berufsausübungsregelungen siehe etwa BVerfGE 71, S. 162 (S. 172).

36 BVerfGE 94, S. 372 ff. Zur Entwicklung *Kluth/Goltz/Kujath* [Fn. 2], S. 54 ff.; *Wolf*, *Anwaltliche Werbung*, 2011.

37 Dem lag (unausgesprochen) die Annahme einer höheren Eingriffsintensität zugrunde. Zur Wechselwirkung von Kontrolldichte und Eingriffsintensität *Scherzberg*, *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, 1989.

38 Einen Überblick zur Rechtsprechung (auch der Fachgerichte und des EuGH) geben die jährlichen Berichte zur berufsrechtlichen Rechtsprechung im Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts.

39 BVerfGE 135, S. 90 ff. Dazu *Römermann*, NZG 2014, S. 481 ff.; *Kämmerer*, DStR 2014, S. 670 f.

beteiligten Berufsgruppen deren Anteils- und Stimmrechtsmehrheit (konkret: § 59e Abs. 2 Satz 1 BRAO und § 52e Abs. 2 Satz 1 PAO) sowie deren Leitungsmacht (konkret: § 59f Abs. 1 Satz 1 BRAO und § 52f Abs. 1 Satz 1 PAO) und Geschäftsführermehrheit (konkret: § 59f Abs. 1 Satz 2 BRAO) vorschreiben und bei einer Missachtung eine Zulassung als Rechtsanwalts- oder Patentanwalts-gesellschaft ausschließen.

Die mit den Vorgaben für die Ausgestaltung der Mitgliedschafts- und Leitungsstrukturen der Berufsgesellschaft verbundene Beschränkung der Freiheit der Berufsausübung darf nach allgemeinen Grundsätzen der Grundrechtsdogmatik nur im Hinblick auf legitime Zwecke erfolgen. Bereits auf dieser Ebene macht das BVerfG deutlich, dass es nicht alle in der Berufsgesetzgebung verfolgten Zwecke für verfassungsrechtlich zulässig hält. Zwar verfolge der Gesetzgeber mit der Sicherung sowohl der beruflichen Unabhängigkeit als auch der berufsrechtlichen Qualifikationsanforderungen sowie der Beachtung des maßgeblichen Berufsrechts zur Wahrung von Entscheidungsgewalt und Einfluss der aufgrund der Zulassung als Rechtsanwalts- oder Patentanwalts-gesellschaft jeweils gesellschaftsprägenden Berufsgruppe hinreichend legitime Zwecke. Der Schutz der Rechtsuchenden vor Irreführung scheidet hingegen zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Berufsfreiheit aus.

„Der Schutz der Rechtsuchenden vor einer irreführenden Außen-darstellung kann allerdings grundsätzlich ein Gemeinwohlzweck sein, der Eingriffe in die Berufsfreiheit auch bei rechtsberatender Tätigkeit zu rechtfertigen vermag (vgl. BVerfGE 112, S. 255 <263>). Hier ist jedoch bereits zweifelhaft, ob die Rechtsuchenden mit dem Auftreten einer Berufsausübungsgesellschaft als Rechts- oder Patentanwalts-gesellschaft eine Erwartung an bestimmte innere Strukturen wie die Mehrheitsverhältnisse der Geschäftsanteile und Stimmrechte sowie die Leitungsmacht und die Geschäftsführermehrheit der gesellschaftsprägenden Berufsgruppe verbinden und in dieser Hinsicht überhaupt einer Fehlvorstellung erliegen können. Dessen ungeachtet ist zumindest im gegebenen Fall, in dem eine gleichzeitige Zulassung als Rechtsanwalts- und Patent-anwalts-gesellschaft angestrebt wird, die Gefahr einer Irreführung von vornherein ausgeschlossen, weil bereits die doppelte Firmierung mit der Angabe beider Berufe der Erwartung, die Gesellschaft werde intern von einer der beiden Berufsgruppen nach Maßgabe der angegriffenen Vorschriften dominiert, die Grundlage entzieht. Werden beide Berufsgruppen im Gesellschaftsnamen genannt, so

lässt sich kein klarer Hinweis auf den beherrschenden Vorrang eines der Berufe erkennen.“⁴⁰

Diese für den weiteren Gang der Argumentation eigentlich verzichtbare Feststellung ist insoweit von Bedeutung, als sie deutlich macht, dass berufsrechtliche Regelungen jedenfalls nicht pauschal mit dem Hinweis auf Verbraucherschützende Zwecke legitimiert werden können.

Nachdem das BVerfG offenlässt⁴¹, ob die angegriffenen Vorschriften zur Erreichung der festgestellten legitimen Zwecke überhaupt geeignet sind, widmet es sich akribisch der Kontrolle der Erforderlichkeit der beschränkenden Regelungen, die letztlich unter drei Gesichtspunkten verneint wird.

Das erste Verdikt stützt das Gericht auf das Argument, dass überall dort, wo verhaltensbezogene Sanktionen möglich sind, organisatorische Beschränkungen überflüssig werden:

„Die verfahrensgegenständlichen Anforderungen an die Gesellschafter- und Geschäftsführungsstruktur sind zum Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit nicht erforderlich, weil die Erreichung dieses Ziels bereits durch gesetzlich geregelte Berufspflichten der beteiligten Rechts- und Patentanwälte sichergestellt ist. Diese zielen auf konkrete Verstöße im Einzelfall und belasten damit die Berufsträger weniger als die angegriffenen Beschränkungen des Gesellschaftsrechts.“⁴²

In gleicher Weise hält das Gericht die Regelung auch im Hinblick auf die Sicherung von ausbildungsbezogenen Qualitätsanforderungen für nicht erforderlich:

„Auch soweit die angegriffenen Vorschriften auf die Sicherung der rechtsanwaltlichen beziehungsweise patentanwaltlichen Qualifikationsanforderungen auf der Ebene der Berufsausübungsgesellschaften zielen, stehen im maßgeblichen Berufsrecht weniger belastende, aber gleichermaßen geeignete Mittel zur Verfügung.“⁴³

40 BVerfGE 135, S. 90 (S. 117).

41 BVerfGE 135, S. 90 (S. 118).

42 BVerfGE 135, S. 90 (S. 118).

43 BVerfGE 135, S. 90 (S. 120 f.).

Und da aller guten Dinge drei sind, kippt das Gericht die Regelung zusätzlich noch aus dem Blickwinkel der Verhinderung berufsrechtswidrigen Handelns:

„Auch für den Schutz vor berufsrechtswidrigem Handeln sind die angegriffenen Vorschriften nicht erforderlich. Wird den Angehörigen der im konkreten Fall gesellschaftsprägenden Berufsgruppe mit den angegriffenen Regelungen der maßgebliche Einfluss vorbehalten, so kann es ihnen zwar aufgrund ihrer Leitungsmacht (§ 59f Abs. 1 Satz 1 BRAO; § 52f Abs. 1 Satz 1 PAO) möglich sein, Verstöße gegen das maßgebliche Berufsrecht durch die anderen Berufsgruppen zu verhindern. Hier ist aber eine persönliche Bindung sämtlicher Berufsträger an das für die Gesellschaft maßgebliche Berufsrecht das mildere Mittel. Sie ist mit Blick auf die freie, unreglementierte Berufsausübung weniger belastend; denn sie setzt unmittelbar bei den maßgeblichen berufsrechtlichen Pflichten an und vermeidet weitergehende Eingriffe in die inneren Strukturen der Berufsausübungsgesellschaft, die das angestrebte Ziel nur indirekt erreichen könnten.“⁴⁴

Damit bleibt allen gesetzgeberischen Rechtfertigungsgründen die Anerkennung versagt.

Aufschlussreich in Bezug auf die Rollenverteilung zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgericht ist in diesem Verfahren zudem gewesen, dass das für das anwaltliche Berufsrecht zuständige Bundesministerium der Justiz durch seine Stellungnahme gegenüber dem BVerfG *prima facie* zur Delegitimierung des geltenden Rechts beigetragen hat. Die Urteilsgründe berichten nämlich:

„Das Bundesministerium der Justiz hat auf die bei Zustellung der Verfassungsbeschwerden übermittelten Fragen des Bundesverfassungsgerichts geantwortet, dass hinsichtlich der berufsethischen Maßstäbe und hinsichtlich des Umfangs der beruflichen Unabhängigkeit keine Unterschiede zwischen dem Rechtsanwalts- und dem Patentanwaltsberuf bestünden. Erfahrungswerte zu eventuellen tatsächlichen Auswirkungen der Zuweisung der gesellschaftsrechtlichen Leitungsmacht an eine Berufsgruppe in einer interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaft lägen der Bundesregierung

44 BVerfGE 135, S. 90 (S. 123 ff.).

*nicht vor. Es gebe keine Hinweise dafür, dass infolge der Leitungsmacht einer Mehrheitsgruppe eine andere Berufsgruppe, die sich in der Minderheit befinde, an einer ordnungsgemäßen Berufsausübung gehindert würde. Es seien zudem keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür bekannt, dass die berufliche Unabhängigkeit in anwaltlichen Kapitalgesellschaften grundsätzlich anderen Gefahren ausgesetzt sei als in Anwaltpersonengesellschaften. Ebenso wenig lägen Erfahrungswerte über die Existenz von Interessenkonflikten zwischen den in interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaften vertretenen einzelnen Berufsgruppen vor.*⁴⁵

Das BVerfG hat diese Stellungnahme – wie üblich – nur nachrichtlich im Sachverhaltsteil der Urteilsgründe wiedergegeben und ihre Aussagekraft nicht näher beurteilt. Das wäre aber deshalb sinnvoll gewesen, weil zwei gegensätzliche Schlussfolgerungen möglich sind: Der magere Befund kann einerseits damit zusammenhängen, dass es bei den Berufsträgern keine Bestrebungen der Berufsträger gibt, Berufsträger anderer Professionen in einer interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaft zu beeinflussen. Er kann aber auch umgekehrt damit zusammenhängen, dass die geltenden Regelungen genau zu diesem Verhalten führen und damit ihren präventiven Zweck erfüllen. Daran wird deutlich, dass die Stellungnahme bei genauer Betrachtung völlig unbrauchbar ist, denn die zugrunde liegende Frage kann gewissenhaft nur auf der Grundlage einer qualitativen empirischen Studie beantwortet werden.

c) Übertragbarkeit auf das Berufsrecht der Steuerberater

Die Argumentation des BVerfG ist zwar aufgrund der vorgegebenen Fallkonstellation auf Rechts- und Patentanwälte bezogen. Sie lässt sich aber ohne weiteres auf die vergleichbaren Regelungen im Berufsrecht anderer reglementierter Freier Berufe übertragen. Dies wird bereits daran deutlich, dass das BVerfG diese Berufsrechte punktuell in seine Argumentation einbezieht. So heißt es an einer Stelle:

„Der unmittelbare Ansatz einer Bindung an das Berufsrecht rechtfertigt zudem die Annahme einer zumindest gleichen, wenn nicht

⁴⁵ BVerfGE 135, S. 90 (S. 106). Die Bundesrechtsanwaltskammer machte demgegenüber geltend, der Gesetzgeber habe mit der getroffenen Regelung den ihm eingeräumten Spielraum nicht überschritten.

sogar gesteigerten Wirksamkeit. Dies zeigen Erfahrungen mit der Bindung an das für die Gesellschaft maßgebliche Berufsrecht, wie sie für Berufsfremde etwa in Wirtschaftsprüfungsgesellschaften durch § 56 Abs. 1 WPO oder in Steuerberatungsgesellschaften durch § 72 Abs. 1 StBerG vorgesehen sind. Dort sieht der Gesetzgeber auch bei interprofessioneller Zusammenarbeit die Angehörigen der sozietätsfähigen Berufe als hinreichend qualifiziert an, um auch den ‚fremden‘ Berufspflichten Genüge zu tun.“

Auch insoweit wird verstärkend auf einen (nach dem zuvor Gesagten: vordergründigen) empirischen Befund verwiesen:

„Aus der Praxis sind keine Hinweise bekannt geworden, die diese Einschätzung auch nur in Zweifel ziehen könnten. Es gibt daher keinen Grund, die Wirksamkeit einer wechselseitigen berufsrechtlichen Bindung bei der Zusammenarbeit von Rechts- und Patentanwälten in Rechts- oder Patentanwaltsgesellschaften infrage zu stellen, zumal das Recht gerade dieser beiden rechtsbesorgenden Berufe weitgehend durch parallele, zumindest aber durch vergleichbare Vorgaben gekennzeichnet ist.“

Vor diesem Hintergrund ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Argumentation und die rechtliche Bewertung der Entscheidung auf das Berufsrecht der Steuerberater übertragen werden kann und muss. Insoweit ist *Kämmerer* zuzustimmen, wenn er ausführt:

„Die Kernaussagen der Entscheidung weisen über BRAO und PAO deutlich hinaus. Vielmehr wird grundsätzlich kein Berufsrecht, das für einzelne Berufsträger vergleichbare Verhaltens- und Qualifikationsvorgaben statuiert, die Zulassung oder Anerkennung einer Kapitalgesellschaft noch davon abhängig machen dürfen, dass der gesellschaftsprägenden Berufsgruppe die Mehrheit der Gesellschaftsanteile, Stimmrechte oder Geschäftsführer oder die verantwortliche Leitung zusteht. Dies betrifft auch die Steuerberater, wengleich sich ihr Recht vergleichsweise großzügig gibt.“⁴⁶

Ein Blick auf die Vorgaben im Berufsrecht der Steuerberater für die Freiberuflergesellschaft führt zu den folgenden Einordnungen und Beurteilungen der aktuellen Regelungen im StBerG:

46 *Kämmerer*, DStR 2014, S. 670. Ähnlich *Römermann*, NZG 2014, S. 481 ff.

Steuerberatern stehen nach § 49 StBerG nicht nur Kapitalgesellschaften und die Partnerschaftsgesellschaft, sondern auch die OHG und die KG als gesellschaftsrechtliche Rechtsform zur Verfügung. Das Gesetz lässt auch indirekte Beteiligungen zu, da persönlich haftender Gesellschafter nach § 50 Abs. 1 Satz 3 StBerG auch eine (andere) Steuerberatungsgesellschaft sein kann.

Im Vergleich zu anderen Berufsrechten sehr offen regelt § 50 Abs. 2 und Abs. 4 StBerG das Zusammenwirken von Steuerberatern, Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, vereidigten Buchprüfern und Steuerbevollmächtigten bei der Leitung der Gesellschaft. Verlangt wird hier lediglich, dass die Steuerberater unter den Mitgliedern des Vorstandes, der Geschäftsführer und der persönlich haftenden Gesellschaft mindestens die Hälfte stellen.⁴⁷ Bei der praktischen Würdigung dieser Regelung muss indes beachtet werden, dass häufig eine mehrfache berufliche Qualifikation vorliegt, mit der Folge, dass ein und dieselbe Person mehreren Berufsgruppen zugeordnet werden kann. Wenn z. B. in einer Berufsgesellschaft drei von vier Mitgliedern Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sind und ein weiteres Mitglied nur Wirtschaftsprüfer, so kann man dies so deuten, dass in der Gesellschaft drei Steuerberater einem Wirtschaftsprüfer gegenüberstehen oder vier Wirtschaftsprüfer drei Steuerberatern. Die berufsrechtliche Praxis geht von der ersten Sichtweise aus.⁴⁸

Neben der Bildung einer Steuerberatungsgesellschaft dürfen sich nach § 56 StBerG Steuerberater und Steuerbevollmächtigte u. a. auch mit Rechtsanwälten und Patentanwälten zur gemeinschaftlichen Berufsausübung im Rahmen der eigenen Befugnisse verbinden.⁴⁹ Das gilt nach Absatz 3 der Vorschrift auch für ausländische Berufsangehörige, wenn diese über vergleichbare berufliche Qualifikationen verfügen. Schließlich lässt Absatz 5 die auf den Einzelfall bezogene Zusammenarbeit mit allen Berufsträgern zu, die in den Anwendungsbereich des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes fallen.

Kritisch zu hinterfragen ist die Regelung des § 32 Abs. 3 StBerG, die verlangt, dass eine Steuerberatungsgesellschaft verantwortlich von

47 Dabei ist ergänzend auf das Stimmgewicht abzustellen. Es muss also die Hälfte der Stimmrechte Steuerberatern zustehen. Bei der Kapitalbeteiligung nach § 50a StBerG ist das Gesetz noch großzügiger.

48 Die Entscheidung des BVerfG zwingt nunmehr zu dieser Sichtweise.

49 Ob dieser Personenkreis „ausreicht“, ist in Auseinandersetzung mit der Entscheidung des BVerfG v. 12.01.2016 unter d) zu prüfen.

Steuerberatern geführt wird. Soweit damit eine zu deutliche kommerzielle Ausrichtung der Berufsausübung abgewehrt werden soll, erscheint eine solche Regelung nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG nicht erforderlich, da die berufsrechtlichen Bindungen dies bereits gewährleisten.⁵⁰ Hinzu kommt, dass über § 72 StBerG gewährleistet wird, dass alle Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer und persönlich haftenden Gesellschafter die zentralen berufsrechtlichen Regelungen beachten müssen.⁵¹

Überprüft man diese vergleichsweise großzügigen Regelungen mit den Anforderungen des BVerfG, so wird man gleichwohl zu dem Ergebnis gelangen, dass weiterer Liberalisierungsbedarf besteht, wobei m. E. offen ist, ob man die zusätzlichen Kooperationen voraussetzungslos oder unter bestimmten Bedingungen im Einzelfall zulassen muss.⁵²

d) Detailanalyse zur Entscheidung zur Kooperation von Rechtsanwälten mit Ärzten und Apothekern v. 12.10.2016⁵³

Dass der Kooperationswille und das Kooperationsbedürfnis nicht auf „gleichartige“ Freie Berufe, etwa innerhalb der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe, beschränkt ist, sondern es zunehmend auch zu deutlich transdisziplinären Kooperationen kommt, macht die zweite genauer zu analysierende Entscheidung des BVerfG deutlich, bei der die Kooperation von Rechtsanwälten mit Ärzten und Apothekern zu beurteilen war.

Die Ausgangskonstellation in diesem Verfahren war auf den ersten Blick atypisch: Ein Rechtsanwalt, der bis zum Erreichen seiner Pensionsgrenze im Jahr 2007 Hauptgeschäftsführer der Rechtsanwaltskammer München, danach Geschäftsführer der Kammer der Rechtsanwälte beim BGH war⁵⁴ und jetzt noch als Rechtsanwalt in München aktiv ist, schloss sich mit seiner Ehefrau zu einer Sozietät zusammen. Die Ehefrau gehört keinem der bisher als sozietätsfähig anerkannten Berufe an, sondern ist Ärztin und Apothekerin. Da es sich um eine Partnerschaftsgesellschaft handeln sollte, wurde die Gesellschaft zur

50 Zu deren Verfassungsmäßigkeit BVerfG NJW 2013, S. 3357 ff.

51 *Gehre/Koslowski*, StBerG, 6. Aufl. 2009, § 72 Rdnr. 3.

52 Ähnlich *Kämmerer*, DStR 2014, S. 670 (S. 671).

53 BVerfG, NJW 2016, S. 700. Dazu *Römermann*, NJW 2016, S. 682 ff.

54 Und damit auch für die Durchsetzung des Berufsrechts verantwortlich.

Eintragung im Partnerschaftsregister angemeldet. Die Eintragung wurde verweigert, und nach erfolglosen Verfahren in den Eingangsinstanzen legte der BGH dem BVerfG die Frage vor, ob § 59a Abs. 1 BRAO in der Fassung v. 12.12.2007 mit Art. 3 Abs. 1, 9 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.⁵⁵

Das BVerfG folgt in dieser Entscheidung den gleichen Prüfungskriterien und stellt die Frage in den Vordergrund, ob die Restriktionen bei der Kooperation im Hinblick auf die verfolgten Zwecke erforderlich sind. Die Struktur und das Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung lassen sich aus dem einleitenden Satz der einschlägigen Passage der Urteilsgründe ablesen:

„Für das vom Gesetzgeber in den Vordergrund gestellte Ziel der Sicherstellung der anwaltlichen Verschwiegenheitsverpflichtung ist das Sozietätsverbot mit Ärzten und Apothekern in weiten Bereichen nicht erforderlich, während sich im Übrigen der damit verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit als unangemessen erweist. Auch zum Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheit durch die flankierenden Rechte zur Zeugnisverweigerung, durch die Beschlagnahmeverbote und durch die Beschränkung weiterer Ermittlungsmaßnahmen fehlt es teilweise schon an der Erforderlichkeit, im Übrigen aber jedenfalls an der Angemessenheit des Eingriffs in die freie Berufsausübung.“⁵⁶

Das Gericht analysiert in Bezug auf jeden der angesprochenen Aspekte sowohl die „Gefährdungslage“ als auch das zum Schutz der Verschwiegenheitspflicht eingesetzte Instrumentarium. Dabei wird eine wichtige Grenzziehung speziell in Bezug auf interprofessionelle Kooperationen vorgenommen:

„Bei der beruflichen Zusammenarbeit mit anderen Personen erweitert sich zwangsläufig der Kreis derjenigen, die von Umständen erfahren oder zumindest Kenntnis erlangen können, hinsichtlich derer anwaltliche Verschwiegenheit einzuhalten ist. Die damit verbundenen Gefahren für die Wahrung der Verschwiegenheit mögen gering erscheinen, soweit sich die gemeinsame Berufsausübung auf Angehörige des Anwaltsberufs beschränkt. Bei einer berufsübergreifenden Zusammenarbeit kann das Geheimhaltungsinteresse der

⁵⁵ BGH, NJW 2013, S. 2674. Dazu *Singer*, DStR 2013, S. 1857 f.

⁵⁶ BVerfG, NJW 2016, S. 700 (S. 702).

Mandanten wegen der selbst für Freie Berufe nicht zwingend gleich strengen und auf jeweils andere Aspekte gerichteten Verpflichtungen zur Verschwiegenheit indessen stärker gefährdet sein. Angesichts dieser spezifischen Gefährdungen der Mandanteninteressen, die sich aus der Zusammenarbeit eines Rechtsanwalts mit anderen Berufen ergeben können, ist der Gesetzgeber grundsätzlich nicht gehindert, solche Berufe von der gemeinschaftlichen Ausübung auszuschließen, für die ein ausreichendes Maß an Verschwiegenheit nicht gesichert erscheint.⁵⁷

In Bezug auf diese Gefährdungsanalyse hält das Gericht ein Kooperationsverbot jedoch für nicht erforderlich, weil es dem Mandanten gerade darum geht, den Sachverstand aus mehreren Professionen für seine Zwecke zu nutzen:

„Ein Rechtsanwalt verletzt nicht schon durch die Weitergabe mandatsrelevanter Informationen an seine nichtanwältlichen Partner die berufliche Verschwiegenheitspflicht. Die Unterrichtung der nichtanwältlichen Partner wird im Gegenteil bei einer interprofessionellen Berufsausübungsgemeinschaft geradezu vorausgesetzt, ist sie doch den Mandanten bekannt und von ihnen im Zweifel – wegen der Vorteile einer Bearbeitung durch interprofessionell verbundene Berufsträger – auch gewollt. Ein Mandant, der eine interprofessionelle Sozietät mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt, wird regelmäßig nicht nur damit einverstanden sein, sondern sogar erwarten, dass sein Anliegen nicht nur durch die anwältlichen Partner, sondern bei Bedarf berufsübergreifend von mehreren Angehörigen unterschiedlicher Berufsgruppen besprochen und betreut wird.“⁵⁸

In dieser Argumentation kommt das starke Interesse des Mandanten an der Ermöglichung einer interprofessionellen Berufsausübung zum Ausdruck, mit der Folge, dass die beschränkenden berufsrechtlichen Regelungen auch in Bezug auf seine Interessen und Rechte einer Legitimation bedürfen.

Das BVerfG ist sich im weiteren Gang der Argumentation auch des Umstandes bewusst, dass die Verschwiegenheitspflichten bei den verschiedenen Freien Berufen nicht in allen Einzelheiten übereinstimmen

57 BVerfG, NJW 2016, S. 700 (S. 702).

58 BVerfG, NJW 2016, S. 700 (S. 703).

und dass es insoweit aus der Perspektive des einzelnen Berufsrechts zu Absenkungen des Schutzniveaus kommen kann, wenn der Informationsaustausch in der interprofessionellen Berufsgesellschaft zugelassen wird. Dieses Risiko hält das Gericht aber für hinnehmbar:

„Sollten sich gleichwohl in einzelnen Fällen Situationen ergeben, in denen das Zeugnisverweigerungsrecht des nichtanwaltlichen Partners hinter dem des Rechtsanwalts zurückbleibt, so ist die mit dem dann reduzierten Schutz der Verschwiegenheit verbundene Gefahr gering und unterscheidet sich wiederum nicht von dem, das der Gesetzgeber für die von ihm bereits als sozietätsfähig zugelassenen Berufe hinnimmt. Auch bei diesen können Beeinträchtigungen der Geheimhaltungsinteressen nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Demgemäß ist ein an Ärztinnen und Ärzte sowie Apothekerinnen und Apotheker gerichtetes Sozietätsverbot zumindest unangemessen.“⁵⁹

Auch in Bezug auf Konflikte, die sich aus der Zusammenarbeit verschiedener Professionen vor dem Hintergrund ihrer unterschiedlichen fachlichen Ausrichtung ergeben können, sind nach Ansicht des Gerichts die damit verbundenen Gefährdungen nicht so gewichtig, dass sie ein Kooperationsverbot rechtfertigen:

„Bei der Zusammenarbeit mehrerer Berufsträger lassen sich Beeinträchtigungen der beruflichen Unabhängigkeit der einzelnen Partner etwa wegen der Rücksichtnahme auf die Belange anderer zur Vermeidung oder Lösung von Interessenskonflikten oder auch auf Grund entstehender Machtstrukturen nie völlig ausschließen. Die Annahme des Gesetzgebers, insoweit gelte es einer Gefährdung der Unabhängigkeit zu begegnen, ist daher plausibel und nicht zu beanstanden. Allerdings erscheint die Gefahr in der konkreten Konstellation einer Partnerschaft vergleichsweise gering. Die Verpflichtung zu beruflicher Unabhängigkeit ist nicht auf die Rechtsanwaltschaft beschränkt, sondern ein wesentliches Kennzeichen aller Freien Berufe. Insbesondere bestimmt § 1 II 1 PartGG, dass die Freien Berufe ‚im allgemeinen ... die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art ... zum Inhalt‘ haben.“⁶⁰

59 BVerfG, NJW 2016, S. 700 (S. 705).

60 BVerfG, NJW 2016, S. 700 (S. 706).

Damit weist das Gericht auf die gemeinsame Grundorientierung der Freien Berufe hin, die nicht nur für eine weite Zulassung von interprofessioneller Kooperation, sondern auch für eine Annäherung der Berufsrechte ins Feld geführt werden können.⁶¹

4. Die Folgen einer Liberalisierung für die Struktur des Berufsrechts und die Ausübung der Berufsaufsicht

a) Von der präventiven Verhaltensvorgabe und Strukturkontrolle zur begleitenden und nachgelagerten Verhaltenskontrolle

Die von den verschiedenen Akteuren in (europäischer) Gesetzgebung und Rechtsprechung vorangetriebene Liberalisierung des Berufsrechts der reglementierten Freien Berufe führt(e) zu einer strukturellen Verschiebung der maßgeblichen Schutzinstrumente. Die bislang bevorzugten präventiven Verhaltens- und Strukturanforderungen in den Bereichen Werbung, (inter-)professionelle Kooperation und Vergütung werden nach und nach durch generalklauselartige Normen bzw. eine begleitende Verhaltenskontrolle ersetzt.

b) Das Beispiel X-Steuerberatungsgesellschaft

Ein anschauliches Beispiel für die aktuellen Entwicklungslinien der Liberalisierung liefert die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *X-Steuerberatungsgesellschaft v. 17.12.2015*.⁶² Auch wenn es dabei auf den ersten Blick nicht um die Freiberuflergesellschaft geht, sondern um die Ebene der Berufsqualifikation, lassen sich daraus Rückschlüsse für die weitere Entwicklung ableiten.

Die Klägerin im Verfahren vor dem vorliegenden Bundesfinanzhof („BFH“) ist eine in Großbritannien ansässige Kapitalgesellschaft britischen Rechts mit weiteren Niederlassungen in Belgien und den Niederlanden, die insbesondere steuerberatend tätig ist. Sie berät und vertritt auch deutsche Mandanten in steuerrechtlichen Angelegenheiten, ohne in der Bundesrepublik als Steuerberatungsgesellschaft anerkannt zu sein. Der BFH hegt Zweifel an der Vereinbarkeit bestimmter Vorschriften des StBerG mit europäischem Recht und möchte vom EuGH geklärt

61 Siehe dazu auch den Ausblick unter 7.

62 EuGH, Rs. C-342/14, *X-Steuerberatungsgesellschaft*, ECLI:EU:C:2015:827.

wissen, ob eine ausländische Steuerberatungsgesellschaft aufgrund der unionsrechtlich in Art. 56 AEUV gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit ohne physische Präsenz im Inland Steuererklärungen für in Deutschland steuerpflichtige Personen erstellen darf.⁶³

Der EuGH stellt in seinem Urteil zunächst fest, dass die EU-Dienstleistungsrichtlinie 2006/123⁶⁴ und die EU-Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36⁶⁵ auf den Fall nicht anwendbar sind, und prüft folglich die Vereinbarkeit der in § 3a StBerG für Fälle der Erbringung von Steuerberatungsdienstleistungen durch ausländische Berufsträger getroffenen Regelung mit der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV, die auch die Fälle der Korrespondenzdienstleistung erfasst.⁶⁶

Mit § 3a StBerG setzt der deutsche Gesetzgeber die EU-Berufsanerkennungsrichtlinie um. Auch diese Regelung geht nur von dem klassischen Fall der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung durch eine Person aus, die sich auch physisch in den anderen Mitgliedstaat begibt. Da im vorliegenden Fall die Steuerberatung aber ohne eine solche Grenzüberschreitung erfolgte, war zu klären, welche Anforderungen an die berufliche Qualifikation zu stellen sind bzw. gestellt werden dürfen.

Der EuGH betont zunächst, dass in nicht harmonisierten Bereichen des Berufszugangs jeder Mitgliedstaat festlegen darf, welche Kenntnisse und Fähigkeiten zur Berufsausübung notwendig sind (Rdnr. 44). Dabei müssen jedoch die Grundfreiheiten beachtet werden (Rdnr. 47). Der EuGH hält zudem das mit § 3a StBerG verfolgte Regelungsziel für unbedenklich: Die Verhinderung von Steuerhinterziehung und der Verbraucherschutz, denen die berufsrechtlichen Anforderungen des StBerG dienen, sind als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anzusehen (Rdnr. 53). Der EuGH macht dann aber deutlich, dass es den nationalen Behörden obliegt, *„dafür Sorge zu tragen, dass die in anderen Mitgliedstaaten erworbene Qualifikation ihrem Wert entsprechend anerkannt und angemessen berücksichtigt wird“* (Rdnr. 54). Da § 3a StBerG auf den Fall einer Korrespondenzdienstleistung nicht anwendbar ist, fehlt es aber an einer Möglichkeit, eine entsprechende

63 BFH, DStRE 2014, S. 951.

64 Die Richtlinie ist wegen des Vorrangs der Berufsanerkennungsrichtlinie nicht anwendbar.

65 Art. 5 der Richtlinie ist nicht auf Korrespondenzdienstleistungen anwendbar.

66 Kluth, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 56/57 AEUV, Rdnr. 32 f.

Prüfung vorzunehmen, mit der Folge, dass die Regelung unzureichend ist und mit der Dienstleistungsfreiheit nicht vereinbar (Rdnr. 60). Hinzu kommt, dass für den Normadressaten die Modalitäten der Anwendung der Norm nicht klar sind (Rdnr. 58), es also an einer ausreichend transparenten Regelung fehlt.

Der EuGH macht in diesem Zusammenhang deutlich, dass eine Regelung, die den Dienstleister verpflichtet, die Absicht zur Erbringung einer Dienstleistung durch eine einfache vorherige Meldung anzukündigen und die zuständige Behörde im Zielstaat damit in die Lage zu versetzen, die entsprechende Überprüfung der Qualifikation vorzunehmen, unionsrechtlich unbedenklich ist (Rdnr. 56).

Vor dem Hintergrund der sehr viel weiterreichenden Vorschläge des Generalanwalts, der die deutschen Berufszulassungsregelungen für Steuerberater insgesamt für inkohärent hielt⁶⁷, argumentiert der EuGH vergleichsweise vorsichtig und zurückhaltend und weist letztlich selbst den Weg für den deutschen Gesetzgeber. Dieser muss den Anwendungsbereich des § 3a StBerG erweitern, so dass auch Dienstleister, die nicht physisch im deutschen Staatsgebiet die Steuerberatungsdienstleistung erbringen, in den Anwendungsbereich der Norm fallen, und auch ihnen gegenüber eine Prüfung der vorliegenden Qualifikation möglich wird.⁶⁸

c) Die Bedeutung der Informationsgewinnung

Die Entscheidung des EuGH verdeutlicht exemplarisch die gestiegene Bedeutung der Informationsgewinnung für eine wirksame Berufsaufsicht, je stärker das Berufsrecht selbst den Marktzugang liberalisiert. Der Fall des ausländischen Steuerberaters ist dabei deshalb vergleichsweise einfacher, weil die Dienstleistung gegenüber einer Behörde erbracht wird und damit ein unmittelbarer Anlass für eine Kontrolle gegeben ist. Sehr viel schwieriger gestaltet sich die wirksame Aufsicht aber dort, wo die Dienstleistungen gegenüber Privaten erbracht werden. Hier bedarf es neben der Beachtung von gesetzlichen Informationspflichten, die es in den meisten Berufsrechten inzwischen gibt, eigentlich auch zusätzlicher Aufsichtsinstrumente, mit denen die Aufsichtsbehörden

67 GA Cruz Villalón, Schlussanträge v. 01.10.2015, ECLI:EU:C:2015:646.

68 Siehe auch *Kämmerer*, DStR 2016, S. 558 (S. 560).

zumindest stichprobenartig die Beachtung der Informationspflichten und mittelbar der Einhaltung der Qualitätsmerkmale prüfen können.

Das Gleiche gilt *mutatis mutandis* für die in Deutschland niedergelassenen Berufsträger, soweit es bei ihnen auf die Einhaltung der jeweiligen Berufspflichten ankommt.

5. Ein Blick auf die Argumentationsmethoden

a) Argumentationslinien des Bundesverfassungsgerichts

Das BVerfG legt seiner Argumentation die anerkannten methodischen Grundsätze der Rechtfertigung von grundrechtsbeschränkenden gesetzlichen Regelungen zugrunde. Wie in den meisten Fällen liegt der Schwerpunkt der Prüfung dabei bei den Teilgrundsätzen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

Verändert hat sich dabei im Laufe der Zeit der Kontrollmaßstab, indem an die Stelle der früher häufig betonten Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, die zu einer beschränkten Kontrollintensität führte, eine intensive Verhältnismäßigkeitsprüfung getreten ist. Dabei übernimmt das BVerfG auch die Letztverantwortung für verbleibende Restrisiken, die sich aus der Hinnahme von unterschiedlichen Schutzstandards bei den verschiedenen Berufsrechten ergeben können.

Entscheidend für die intensivere Kontrolle der gesetzlichen Regelungen ist die gesteigerte Bedeutung, die eine interprofessionelle Kooperation sowohl für die Berufsträger als auch für die Nachfrager hat. Das wird deutlich, wenn man die folgende Passage aus der Entscheidung v. 12.01.2016 betrachtet:

„Der Eingriff in die freie Berufsausübung durch das Sozietätsverbot hat erhebliches Gewicht. Gerade bei der Einschränkung der Zusammenarbeit von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten mit anderen Berufen zeigt sich dies in besonderem Maße; denn die begrenzte Überschaubarkeit und zunehmende Komplexität moderner Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse haben zur Folge, dass Rechtsfragen oft nicht ohne professionellen Sachverstand aus anderen Berufen ausreichend beantwortet werden können und die Nachfrage nach kombinierten interprofessionellen Dienstleistungen wächst.

Für eine qualifizierte Beratung und Vertretung der Rechtsuchenden, aber auch für den wirtschaftlichen Erfolg einer Anwaltskanzlei kann es daher entscheidend sein, anwaltliche Hilfe in spezialisierten Bereichen anzubieten und sich mit Angehörigen hierfür geeigneter Berufe zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließen. Im Unterschied zu einer Zusammenarbeit nur in konkreten einzelnen Fällen ermöglicht ein solch dauerhafter Zusammenschluss eine gemeinsame Außendarstellung und damit auch Vorteile beim Angebot der berufsübergreifenden Leistungen. Dass hierbei auch wirtschaftliche Ziele Bedeutung erlangen, schmälert das Gewicht des Eingriffs eines an die Rechtsanwaltschaft gerichteten Sozietätsverbots nicht. Als Angehörige eines Freien Berufs tragen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte das volle wirtschaftliche Risiko ihrer beruflichen Tätigkeit, sodass kommerzielles Denken mit dem Anwaltsberuf nicht schlechthin unvereinbar ist (vgl. BVerfGE 117, S. 163 [183] = NJW 2007, S. 979 m. w. N.).“⁶⁹

Die hier beschriebene Entwicklung ist zwar für sich betrachtet schon einige Jahrzehnte alt. Sie wurde über lange Zeit hinweg aber vor allem durch die einzelfallbezogene Kooperation bewältigt und hat erst in den letzten Jahren vermehrt zu festen beruflichen Kooperationen geführt. Dass die Interessen der Nachfragerseite dabei eine wichtige Rolle spielen, wurde schon erwähnt. Ergänzend sollte erwähnt werden, dass vor dem Hintergrund dieser Entwicklung die berufliche Qualifikation zur interprofessionellen Zusammenarbeit verbessert werden sollte. Dafür sind interdisziplinär ausgerichtete (Aufbau-)Studiengänge erforderlich, die es für einzelne Bereiche bereits gibt.⁷⁰

Schließlich stellt das BVerfG auch klar, dass die Nichtgewerblichkeit der Freien Berufe nicht bedeutet, dass die Berufsträger nicht an wirtschaftlichen Zielen und Erfolgen ausgerichtet sind bzw. sein sollten.

b) Argumentationslinien des EuGH

Nimmt man im Vergleich dazu die Argumentationslinien der hier nicht vertieft betrachteten Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten in den Blick, so fällt zunächst – wenig überraschend – auf, dass sich

⁶⁹ BVerfG, NJW 2016, S. 700 (S. 704).

⁷⁰ Siehe exemplarisch den Masterstudiengang Medizin-Ethik-Recht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg: <http://mer.jura.uni-halle.de>.

die Grundmuster der Prüfung nur wenig unterscheiden. Das hängt vor allem damit zusammen, dass die Dogmatik von Grundrechten und Grundfreiheiten sich merklich angeglichen hat.

Darüber hinaus sind die neueren Entscheidungen, beginnend mit *DocMorris* bis hin zu *X-Steuerberatungsgesellschaft*, durch eine deutliche Zurückhaltung gegenüber den Gestaltungs Kompetenzen der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber gekennzeichnet. Diese Zurückhaltung wird vor allem im Vergleich der jeweiligen Urteile mit den vorausgehenden Schlussanträgen der Generalanwälte deutlich, wobei der EuGH zwar in vielen Fällen im wesentlichen Ergebnis dem Generalanwalt folgt, sich bei der Begründung und der Reichweite der festgestellten Verstöße aber deutlich zurückhält. So hat der EuGH in der Entscheidung *X-Steuerberatungsgesellschaft* das Argument fehlender Kohärenz der den Berufszugang regelnden Vorschriften des StBerG nicht aufgegriffen.

Mit dem Blick auf die letzten Jahre kann deshalb die Aussage gewagt werden, dass in der Rechtsprechung des EuGH eine Tendenz zur Lockerung der Kontrolldichte zu verzeichnen ist, während das BVerfG die Kontrollintensität in Bezug auf Berufsausübungsregelungen deutlich verschärft hat.

c) Argumentationslinien der EU-Kommission

Auf einer völlig anderen Ebene bewegt sich die wettbewerbstheoretische und volkswirtschaftlich geprägte Argumentation der EU-Kommission, wenn sie von einzelnen Mitgliedstaaten eine weitere Liberalisierung des Rechts der reglementierten Freien Berufe verlangt. Sie geht dabei von einem Vergleich der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen aus, der im Rahmen des Peer-Review-Verfahrens nach Art. 59 der Berufsanerkennungsrichtlinie⁷¹ durch die Stellungnahmen der einzelnen Mitgliedstaaten zu den nach ihrer Absicht erforderlichen Reglementierungen unterfangen wurde. Die Ergebnisse aus diesen Vergleichen liefern der EU-Kommission vor allem dann starke Argumente, wenn in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten keine beschränkenden Regelungen, etwa in Bezug auf die Preisgestaltung oder die interprofessionelle Kooperation, vorhanden sind. Die normative Kraft des Faktischen wird bei dieser Vorgehensweise zu einer evidenzbasierten Argumentation überhöht,

⁷¹ Dazu *Henssler/Schäfer*, EuZW 2014, S. 927 ff.

die in der Regel keine qualitativ vertiefenden Untersuchungen einschließt.⁷²

6. Ausblick

Was bedeuten diese Entwicklungen für die Freiberuflergesellschaft?

Sie steht zwar nicht vor dem Aus, wird aber vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung vor allem des BVerfG eine grundlegende Veränderung erfahren.

Dies betrifft vor allem die stärkere Öffnung für die Zusammenarbeit mit anderen Professionen, die über eine vergleichbare berufsrechtliche Struktur im Hinblick auf die Qualifikation und den Schutz des Vertrauens der Mandanten verfügen. Mit dem Konzept der „multiprofessionellen Berufsgesellschaft“ oder einer „Freiberuflergesellschaft ohne Denomination“ sind zwei mögliche Gestaltungsmodelle bereits seit einigen Jahren in der Debatte, die weiterverfolgt werden sollten.⁷³

Dieser Entwicklung kann man insoweit auch positive Effekte zusprechen, wenn die Harmonisierung bei den Regelungen zur beruflichen Kooperation auch dazu beiträgt, die gemeinsamen Mindeststandards der reglementierten Freien Berufe wieder deutlicher herauszuarbeiten und zudem Erfahrungen aus der berufsaufsichtlichen Praxis auszutauschen und zu bewerten. Eine Stärkung des gemeinsamen Markenkerns von Freien Berufen kann dazu beitragen, dieses bewährte Modell gegenüber weitergehenden Liberalisierungsforderungen zu schützen.

72 Kritisch dazu auch *Asemissen*, (Fn. 26), S. 309 ff.

73 *Kämmerer*, Gutachten H zum 68. DJT, 2010, S. 82, im Anschluss an *Pluskat*, DStR 2004, S. 58 ff.

II. Statements

1. Einführung

Prof. Dr. Thomas Mann

Professor für Öffentliches Recht an der Georg-August-Universität Göttingen und Vorsitzender des wissenschaftlichen Arbeitskreises „Berufsrecht“ des DWS-Instituts e. V.

Herr Prof. Kluth hat uns zunächst noch einmal den Inhalt des Urteils vor Augen geführt und auch den Vorlagebeschluss des BGH angesprochen. Wir hatten eigentlich gehofft, dass das BVerfG hierüber bis zu unserer heutigen Tagung entscheiden wird, und rechnen nun im nächsten Monat damit, dass das BVerfG zu der Zusammenarbeit von Ärzten und Anwälten etwas sagen wird. Jetzt wollen wir das Thema ein bisschen weiter fächern, weiter aufziehen durch die Diskutanten auf dem Podium. Deren Lebensläufe und Einzelbeschreibungen finden Sie im Teilnehmerverzeichnis, deshalb werde ich mir die Einzelheiten ersparen. Zunächst wird Herr Prof. Kämmerer von der Bucerius Law School, Hamburg, der auch Mitglied unseres wissenschaftlichen Arbeitskreises „Berufsrecht“ ist, beginnen. Er wird an die europarechtlichen Fragestellungen anknüpfen, die Herr Prof. Kluth zum Schluss aufgeworfen hat, indem er uns vor Augen geführt hat, dass der Ansatz des EuGH letztlich immer zur Aufhebung führt und es von der Tendenz her vielleicht besser wäre, wenn man bereits auf der Ebene der Normsetzung die Besonderheiten des eigenen nationalen Rechts geltend machen kann. Danach wird Herr Prof. Kilian, Direktor des Soldan Instituts Köln, der die Nähe zur Anwaltschaft hat, uns an einer Stelle weiterhelfen, die Herr Prof. Kluth auch angesprochen hat, nämlich bei der Empirie. Herr Prof. Kluth hat bemängelt, dass es wenig empirische Daten gibt. Herr Prof. Kilian wird uns einiges in dieser Hinsicht vorstellen. Es hat eine Umfrage gegeben mit Blick auf die bevorstehende BVerfG-Entscheidung, die darauf abzielt, zu erkunden, was sich für die Berufsträger persönlich denn eigentlich ändern wird, wenn das BVerfG jetzt im Sinne des Vorlagebeschlusses entscheidet und die Zusammenarbeit mit den Ärzten zulässt. Das hat auch Herr Prof. Kluth angesprochen, indem er gesagt hat, das britische Recht setze mehr auf die Berufsorganisation. Wir werfen einen Blick über die Grenzen hinweg, um zu se-

hen, wie es eigentlich in den anderen Ländern geregelt ist. Abschließend wird Herr Prof. Stürmer von der Universität Freiburg als Letzter der Podiumsdiskutanten sein Statement abgeben. Er spricht generell zu der Frage der Ökonomisierung und Liberalisierung und zu dem, was Herr Prof. Kluth so schön „ältere Regelungen“ genannt hat. Herr Prof. Stürmer, ich darf unterstellen, dass sie Ihnen besser vertraut sind als uns. Es geht also um ältere Regelungen institutioneller Absicherung im Vergleich zu dem neuen liberalen Konzept im Sinne einer Ökonomisierung und Liberalisierung. Ich hoffe, die Frage aufwerfen zu dürfen: Ist das wirklich ein Fortschritt oder birgt das nicht irgendwelche Gefahren? In Abweichung von dem Verlaufsplan, den Sie vor sich liegen haben, haben wir überlegt, vielleicht gar nicht so intensiv hier oben zu diskutieren, sondern Ihnen eher Gelegenheit zu geben, Fragen zu stellen. Und da wollen wir einfach mal sehen, was vorhanden ist, um Sie stärker einzubinden und nicht nur, wie es vorgesehen ist, für 30 Minuten, die dann möglicherweise am Ende doch nur wieder zu 15 Minuten werden. Wir beginnen nun damit, dass Herr Prof. Kämmerer ergänzende Ausführungen zum europarechtlichen Teil macht.

2. Freiberuflergesellschaften im Fokus höchster Gerichte

Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, Hamburg

Professor für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Bucerius Law School, Hamburg

Ich danke Herrn Kollegen Mann für die freundliche Einführung und Herrn Kollegen Kluth dafür, dass er mich gleich mehrfach – und zustimmend – zitiert hat, was ich als ehrend empfinde. Ich kann im Gegenzug sagen, dass ich, ohne dass wir uns abgesprochen hätten, mit Ihnen, Herr Kluth, in den anderen von Ihnen behandelten Fragen fast durchweg konform gehe. Insofern wird von mir wenig Widerspruch zu erwarten sein, sondern allenfalls dort, wo das Europarecht und Gestaltungsmöglichkeiten im Recht der Freien Berufe angesprochen sind, eine Paraphrase. Der Erwartung, mich auf das Europarecht zu konzentrieren, kann ich nicht hundertprozentig Folge leisten, schon weil das, was das Europarecht in die Freien Berufe hineinragen könnte, in starkem Maße von der Entscheidung des BVerfG v. 14.01.2014 und möglicherweise den noch ausstehenden Urteilen zur gesellschaftsrechtlichen Zusammenarbeit von Rechtsanwälten und Ärzten abhängt.

Um nochmals kurz am Befund anzusetzen: Das BVerfG hat bisher für zwei Berufe – Rechtsanwälte und Patentanwälte – festgehalten, dass berufsrechtliche Beschränkungen der multidisziplinären Zusammenarbeit in Kapitalgesellschaften in ihrer gegenwärtigen Form grundsätzlich mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar sind und dass die Anbindung einzelner Berufsträger an ihr jeweiliges Berufsrecht zur Sicherung gegen Gefahren ausreicht. Was das BVerfG hier praktiziert, ähnelt dem, was bei der Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen als Lehre vom personalen Substrat bekannt ist. Das BVerfG blickt durch die Gesellschaft hindurch auf jene Personen, die „Einzelkämpfer“ – um in Kluth'scher Terminologie zu bleiben –, welche in der Gesellschaft tätig sind. Dies hat nach der Entscheidung vom Januar 2014 zur Folge, dass es unterschiedliche „Denominationen“ geben kann, sofern nur ein qualifizierter Berufsträger der denominierenden Sparte in der Gesellschaft tätig ist – auch wenn bisher nur über das Nebeneinander zweier solcher Denominationen entschieden ist: Eine Rechtsanwalts-gesellschaft soll zu-

gleich Patentanwalts-gesellschaft sein dürfen. Das heißt aber auch, dass es schon in einer solchen Verbindung zwischen Rechtsanwälten und Patentanwälten keine gesellschaftsprägende Berufsgruppe mehr gibt. Falls das BVerfG auf dieser Linie fortschreitet, dann erstreckt sich dieser Befund irgendwann auf ein weites Spektrum von Freiberuflergesellschaften, zumindest im Rahmen der rechtsberatenden Berufe. Eine Frage, auf die ich noch zurückkommen will und auf welche nun die Vorlage des Bundesfinanzhofs weist, lautet, ob dies alles auch dann gelten muss, wenn qualifizierte Berufsträger und/oder die Berufsgesellschaft aus dem Ausland kommen. Diese Frage wird naturgemäß vom Europarecht determiniert.

Dass Regelungsbedarf existiert, hat Herr Kollege Kluth bereits untermauert. Regelungen werden unausweichlich, wo das BVerfG seine Rechtsprechung ausweitet, Regelungsbedarf besteht nach meinem Dafürhalten aber auch schon jetzt, schon weil sich im Recht anderer beratender Freier Berufe die Probleme in zu Rechts- und Patentanwälten analoger Weise stellen. Ich möchte bei dieser Gelegenheit einige Anmerkungen zu meinem Vorschlag einer Freiberuflergesellschaft ohne Denomination machen. Was hat mich veranlasst, einen solchen Vorschlag zu unterbreiten? Das soeben schon angerissene Problem besteht darin, dass bei Mehrfachanknüpfungen eine einzelne Denomination – das heißt, Rechtsanwalts-gesellschaft, Patentanwalts-gesellschaft, Steuerberatungsgesellschaft – ihre Indikatorwirkung zu verlieren droht, wenn das Ergebnis der Rechtsprechung des BVerfG auf andere Berufe weiter übertragen wird, wonach es ausreicht, dass ein einziger Berufsträger der jeweiligen Sparte vorhanden ist. Eine Denomination indiziert dann jedenfalls nicht mehr, dass „das, was darauf steht“, die Kernkompetenz der Gesellschaft schlechthin ist. Herr Dr. Riedlinger hat gefragt: „Ist das eine Irreführung?“ So weit würde ich nicht gehen. Das BVerfG hat festgestellt, dass die angegriffenen Regelungen zum Schutz gegen Irreführung nicht ausreichend seien. Es hatte nur über zwei Berufe zu entscheiden – sie waren der Gegenstand des Urteils –, aber nicht über die Frage, für welche weiteren Berufe das Ergebnis Geltung beanspruchen könnte. Sobald diese Übertragung auf weitere Berufe aber tatsächlich stattfindet – schon weil sie rechtlich womöglich unumgänglich ist –, wächst die Gefahr vielleicht nicht der Irreführung, aber doch zumindest der Verunklarung. Mit anderen Worten: Kompetenzbestand und signalisierter Kompetenzanspruch stimmen nicht mehr überein. Deswegen habe ich vorgeschlagen, eine Abkehr von der Fixierung der Berufsrechte auf eine bestimmte Denomination einzuleiten und so etwas wie eine multiprofessionelle Freiberuflergesellschaft oder eine

Freiberuflergesellschaft ohne Denomination vorzuschlagen, das heißt, auf eine bestimmte berufsrechtliche Anknüpfung bei einer freiberuflich buntscheckigen Gesellschaft überhaupt zu verzichten. Nun bleibt die Frage: Wie kann man das regeln und wo kann man das regeln? (Im Anschluss daran möchte ich noch kurz beantworten, wie das Europarecht hier hineinspielt.) Probleme wirft die Erkenntnis auf, dass die Gesellschaft selbst Trägerin einzelner berufsrechtlicher Rechte und Pflichten ist, auch wenn das BVerfG einen gewissen Durchblick praktiziert. Diese Rechtsanknüpfung muss irgendwie sichtbar bleiben. Sollte die Neuregelung im Berufsrecht verankert werden? Die angestrebte Denominationsfreiheit stellt allerdings implizit die Tauglichkeit des jeweiligen Berufsrechts infrage, ein gesellschaftsrechtliches Zusammenwirken zu regulieren. Soll nur signalisiert werden, dass eine Gesellschaft bestimmte Freiberufler beherbergt, könnte man auch an eine kapitalgesellschaftsrechtliche Lösung exklusiv für Freie Berufe denken. Nur hat das umrissene Problem gar nicht mit bestimmten Gesellschaftsformen zu tun, sondern rankt sich um die freiberufliche Firma einer – im Grunde beliebigen – Kapitalgesellschaft. Möglicherweise würde man mit einer gesellschaftsrechtlichen Regelung also am falschen Ende ansetzen. Nimmt man das möglicherweise besser passende Berufsrecht in den Blick, stößt man allerdings auch wieder auf Grenzen: weil nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung für manche Freien Berufe, z.B. die Ärzte, bekanntlich die Länder zuständig sind. Sollte das BVerfG je auf den Gedanken kommen, dass die Möglichkeit einer Zusammenarbeit zwischen Rechtsanwälten und Ärzten in Kapitalgesellschaften von Verfassungsrechts wegen eröffnet sein muss, würden sich spätestens hier die Grenzen der berufsrechtlichen Gestaltungsoption zeigen. Trotz Umsetzungsproblemen halte ich das Recht der Freien Berufe aber für den richtigen Ansatzpunkt. Eine Art Interims- oder Kompromisslösung könnte die Parallelführung der einzelnen Berufsrechte eröffnen. Man könnte vorsehen, dass die Zulassung nicht als eine bestimmte Gesellschaft beantragt wird, sondern für eine bestimmte Tätigkeit erfolgt, ganz gleich, ob es noch einen gesellschaftsprägenden Beruf gibt oder nicht. Damit hätte man allerdings die Freien Berufe als Kategorie, als übergreifenden rechtlichen Anknüpfungspunkt, aus der Regelung herausgenommen – weswegen sie nur eine Interimslösung sein könnte. Das ideale Konzept für denominationsgelöste Freiberuflergesellschaften ist nach alledem noch nicht in Sicht.

Wo spielt nun das Europarecht hinein? Welche Bedeutung hat die Vorlage des BFH für eine künftige berufsrechtliche Regelung? Muss z. B. als Steuerberatungsgesellschaft oder sonstige Berufsgesellschaft, sei

sie denominationsgebunden oder denominationsfrei, auch eine Gesellschaft zugelassen werden, in der kein nach deutschem Recht qualifizierter Berufsträger tätig ist? Der Generalanwalt Pedro Cruz Villalón beantwortet dies zumindest im Ansatz, aber nicht vollständig, ganz einfach weil der BFH mit seiner Vorlage nicht die Beantwortung dieser Frage begehrt. Daher können wir von der Entscheidung des EuGH keine vollständige Antwort auf die offenen Fragen erwarten, sondern es kann für die künftige freiberufliche Zusammenarbeit in Deutschland allenfalls Indizwirkung zeigen. Gegenstand der Vorlage ist die Interpretation des § 3a StBerG. Wenn wir nun aber annehmen, dass erstens § 32 Abs. 3 StBerG verfassungsrechtlich angreifbar ist, weil er den Regelungen im Recht der Rechtsanwälte und Patentanwälte sehr ähnelt, und zweitens, dass § 32 Abs. 3 und § 3a StBerG Facetten der gleichen Medaille sind, mit der Folge, dass § 32 Abs. 3 StBerG in der Vorlage auch immer mitschwingt, dann könnte aus der Antwort des EuGH abzuleiten sein, dass künftige gesetzliche Regelungen über Freiberuflergesellschaften – einer oder auch mehrerer Denominationen – in Deutschland ausländische Gesellschaften und in ihr tätige ausländische Berufsträger mit einschließen müssen. Dass ausländische Berufsträger in Deutschland tätig sein können, ist ja schon das Anliegen der Berufsqualifikationsrichtlinie. Blickt man mit dem BVerfG auf die einzelnen Berufsträger durch, dann müssen diese auch Ausländer sein dürfen; ausländische Berufsträger und ausländische Berufsausübungsgesellschaften dürfen folglich nicht von der Anerkennung als Berufsausübungsgesellschaften schlechterdings ferngehalten werden. Doch muss es m. E. zulässig bleiben, zum Schutz der Qualität der deutschen Steuerberatung die Zulassung bzw. Anerkennung einer Berufsgesellschaft in Deutschland zu versagen, wenn es an einem nach irgendeinem mitgliedstaatlichen Recht qualifizierten einschlägigen Berufsträger fehlt. Die Voraussetzungen hierfür statuiert die Berufsanerkenntnisrichtlinie. Davon ganz zu unterscheiden ist die Berechtigung zur beruflichen Hilfeleistung im Einzelfall, die eigentlich Gegenstand der Vorlage ist. Diese Vorlage aber hätte durchaus weiter gefasst werden können. Insofern hat der BFH mit dem engen Zuschnitt seiner Fragen an den EuGH die Chance, einer Reihe dringlicher Fragen zur Beantwortung zu verhelfen, nicht ergriffen.

Moderation

Prof. Dr. Thomas Mann, Georg-August-Universität Göttingen

Vielen Dank, Herr Prof. Kämmerer. Sie haben die Frage „Quo vadis?“ eindeutig beantwortet, nämlich im Sinne der von Ihnen propagierten Freiberuflergesellschaft ohne Denomination. Das Problem, das damit zusammenhängt, ist natürlich, wie kann man von außen erkennen, wie kann der Rechtsverkehr erkennen, wer dahinter steckt? Gibt es einen gesellschaftsprägenden Freien Beruf dann noch? Aber das wollen wir jetzt zunächst mal so stehen lassen und zu Herrn Prof. Kilian übergehen, der uns über die Ergebnisse, die sein Institut zur Empirie gemacht hat, berichten wird. Er hat im Vorgespräch darauf hingewiesen, dass häufig die literarischen Stellungnahmen mit den Umfrageergebnissen gleichgesetzt werden, sodass er dann der Überbringer der schlechten Nachrichten ist. Er schildert Ergebnisse; das ist also nicht immer seine Meinung.

3. Sechs Thesen zur Zukunft der Freiberuflergesellschaft

Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

Hans-Soldan-Stiftungs juniorprofessor für Zivilrecht, Wirtschaftsrecht, Verfahrensrecht und Anwaltsrecht sowie anwaltsorientierte Juristenausbildung, Universität zu Köln / Direktor des Soldan Instituts, Köln

Im Zuge der in Frankreich intensiv geführten Diskussionen über die Ermöglichung der interprofessionellen Berufsausübung von Rechtsdienstleistern interessierte sich der *Conseil National des Barreaux (CNB)*, die Dachorganisation der französischen Anwaltskammern, im Jahr 2015 für die Gegebenheiten in Deutschland. Dem CNB waren die langjährigen Erfahrungen mit interprofessionellen Sozietäten von Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern, Rechtsanwälten und Notaren in Deutschland bekannt, sodass man von französischer Seite für die weiteren rechtspolitischen Beratungen um Hintergrundinformationen bat. Gefragt wurde aber nicht: „Wie stellt das deutsche Berufsrecht bei berufs fremden Einflüssen die Unabhängigkeit des Berufsträgers sicher?“, „Wie wird bei Geltung unterschiedlicher Berufsrechte das Problem der Verschwiegenheit gelöst?“ oder „Welche Lösungen gibt es bei konfligierenden Berufsrechten?“. Die Fragen der Franzosen, die in berufsrechtlichen Fragen in der Vergangenheit keineswegs besonders fortschrittlich waren, sondern traditionell eher wertkonservativ sind, lauteten: „*Welche ökonomische Bedeutung haben diese interprofessionell strukturierten Gesellschaften in Bezug auf Umsatz, Marktanteil und Marktdurchdringung?*“, „*Welche Auswirkungen haben diese Gesellschaften für Kunden?*“, „*Bevorzugen potenzielle Kunden diese Gesellschaften im Vergleich zu klassisch strukturierten Sozietäten?*“. Dieser bemerkenswerte Befund führt zu

These 1:

„Die Erweiterung der Möglichkeit interprofessioneller Berufsausübung ist ein gegenwärtig in vielen Rechtsordnungen diskutiertes Reformthema. Die Akzente, die in dieser Diskussion im Ausland gesetzt werden, sind häufig gänzlich andere als jene in Deutschland – in ausländischen Rechtsordnungen gilt das Interesse Märkten und Mandanten, in Deutschland geht es primär um Berufsrecht und Berufsträger.“

Die erhofften Antworten auf die Fragen aus Frankreich konnte Deutschland nicht geben – weil der deutsche Gesetzgeber auf evidenzbasierte Normsetzung traditionell verzichtet und solche Fragestellungen nicht empirisch untersuchen lässt. Folge ist ein Erkenntnis- und in der Folge nicht selten auch ein Qualitätsdefizit der berufsrechtlichen Gesetzgebung, das im Wettbewerb der Rechtsordnungen – Stichwort „Law Made in Germany“ – ein Standortnachteil ist. Nicht bekannt ist in Deutschland etwa, dass die Einführung der viel diskutierten *Alternative Business Structures* in England und Wales nicht allein auf intellektueller Anstrengung von Ministerialbeamten und Parlamentariern beruhte, sondern im Zuge der Gesetzgebung hunderttausende Pfund für vorbereitende Studien ausgegeben wurden.

Der Blick auf England und Wales leitet über zu einer weiteren Feststellung: Die Diskussion über Reformen des deutschen Berufsrechts ist sehr stark von den Entwicklungen auf den beiden größten europäischen Rechtsdienstleistungsmärkten geprägt, Deutschland einerseits und England und Wales andererseits. Beide Rechtsordnungen stehen für Extrempositionen: Einerseits England mit einer seit Ende der 1990er Jahre extrem dynamisch agierenden Rechtspolitik, die viele revolutionär anmutende Ideen gegen Widerstände durchgesetzt hat. Und andererseits Deutschland, in dem, wie man etwas überspitzt zu formulieren versucht ist, die Rechtspolitik im Bereich des Berufsrechts faktisch von der Legislative an die Judikative, nämlich an das BVerfG, überantwortet worden ist – und sich das Berufsrecht deshalb seit langem nicht proaktiv, sondern rein reaktiv entwickelt. Es gibt aber zwischen diesen beiden Extrempolen – stürmische Entwicklung dort, Beharrung hier – auch vermittelnde Positionen: In Fragen der interprofessionellen Berufsausübung und des eng damit verbundenen Problems des Fremdkapitals gibt es z. B. in Österreich, der Schweiz, in Frankreich, in Schottland, in Irland oder in Kanada Regelungen oder Reformvorschläge, die über das hinausgehen, was in Deutschland Status quo ist, aber beileibe nicht so weit reichen wie die Entwicklungen in England und Wales. Dies führt zu

These 2:

„Die Reformdiskussion im deutschen Berufsrecht sollte ihre starke Fixierung auf England und Wales aufgeben und stärker auch den Austausch mit Rechtsordnungen suchen, die Reformbedarf erkannt haben, aber stärker evolutionär als revolutionär denken.“

Die Reformdiskussion muss aber nicht nur ihre gedankliche Fixierung auf Entwicklungen in England und Wales überwinden, sondern auch darauf verzichten, das Warten auf Entscheidungen des BVerfG zum Gestaltungsprinzip zu erheben. Denn in der Regel führt dieser geduldige Blick zu den Verfassungshütern in Karlsruhe dazu, dass Deutschland den berufsrechtlichen Entwicklungen in anderen Rechtsordnungen hinterherhinkt. In Deutschland bedarf es zunächst eines – je nach Sichtweise – mutigen Querdenkers oder lästigen Querulanten, der eine überkommene berufsrechtliche Regelung in mehreren Instanzen auf den Prüfstand stellt und schließlich zum BVerfG bringt. Erst nach vielen Jahren kommt es dann zu einer – zumeist nicht wirklich überraschenden – Entscheidung aus Karlsruhe. Sie zwingt nicht selten zu eher übereilter Gesetzgebung – und mündet häufig in der denkbar kleinstmöglichen Reform oder in hastigen Gesetzesänderungen, die unter Zeitdruck nicht wirklich zu Ende gedacht sind. Daher lautet

These 3:

„Solange in Deutschland Berufsrecht in großem Ausmaß vom Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe und nur nachrangig vom Gesetzgeber in Berlin geprägt wird, kann Deutschland international die Entwicklungslinien des Berufsrechts weiterhin nicht mitbestimmen, sondern lediglich auf Wandlungsprozesse reagieren.“

Man könnte auch formulieren: Berufsrecht sollte stärker als Gestaltungsaufgabe und weniger als verfassungsrechtliche Compliance-Aufgabe begriffen werden.

Eine *tour d'horizon*, die das Ausland in den Blick nimmt, führt zu einem weiteren Befund: Das Thema „interprofessionelle Berufsausübung“ wird im Ausland häufig etwas anders verstanden als in Deutschland. Wenn hierzulande über interprofessionelle Berufsausübung diskutiert wird, geht es in der Regel darum, welche anderen – mehr oder weniger exotischen – Berufe sich mit dem Steuerberater oder Rechtsanwalt zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließen dürfen. Es gibt aber noch zwei weitere gedankliche Annäherungen an das Thema „interprofessionelle Berufsausübung“. Sie verschränken das Thema mit dem Problemkreis des Fremdkapitals in Freiberuflergesellschaften: Zum einen geht es darum, ob Familienangehörige an Freiberuflergesellschaften beteiligt sein können – ein Thema, das in Deutschland sowohl aus steuerlichen Gründen als auch wegen der Absicherung von

Familienangehörigen in berufsständischen Versorgungswerken wohl weniger drängend ist. Zum anderen wird diskutiert, ob nicht Mitarbeiter, die keine Träger des regulierten Berufs sind, an der Gesellschaft beteiligt werden können, um sie zu belohnen und an die Gesellschaft zu binden. Es geht z.B. um Fachangestellte, Kanzleimanager oder Finanzverantwortliche. Dieses Konzept wird im Ausland prominent propagiert. So war eine der ersten drei in England und Wales medienwirksam lizenzierten *Alternative Business Structures* eine ländliche Kleinkanzlei, die sich in eine ABS umwandelte, um den langjährigen Bürovorsteher am Unternehmen beteiligen zu können. Daher lautet

These 4:

„Die Diskussion über die interprofessionelle Berufsausübung sollte nicht nur horizontal mit Blick auf andere Berufe erfolgen, sondern wie im Ausland – ergebnisoffen – auch vertikal dem Berufsträger nahestehende Personen berücksichtigen.“

Dass freilich das größte Interesse der Frage der Erweiterung des Kreises der fachlich komplementären sozietätsfähigen Berufe gilt, liegt auf der Hand. Ist es sinnvoll, wenn sich künftig Steuerberater oder Rechtsanwälte mit Unternehmensberatern, Architekten, Bestattungsunternehmen oder Handwerkern zusammenschließen dürfen? Wenn ja, wie weit sollte der Kreis der sozietätsfähigen Berufe gezogen werden? Dies sind die typischerweise gestellten Fragen (notabene: Dass sich diese anderen Berufe überhaupt für ein Zusammengehen interessieren, wird von Steuerberatern und Anwälten selbstbewusst unterstellt, ist aber durchaus nicht gewiss). Eine andere Frage wird hingegen kaum gestellt: Kann die Erweiterung der Sozietätsfähigkeit nicht eine mögliche Entwicklung kanalisieren, die sich jenseits des Berufsrechts vollzieht? Jene Berufe, über deren künftige Sozietätsfähigkeit diskutiert wird, haben ohnehin seit dem Jahr 2008 die Möglichkeit, eine durch § 5 RDG gewährte Rechtsdienstleistungsbefugnis fruchtbar zu machen und ohne Zusammenarbeit mit Steuerberatern und Rechtsanwälten Rechtsdienstleistungen unreguliert und intransparent als sog. Nebenleistung anzubieten. Ist es daher nicht die sinnvollere Alternative, dass Steuerberater und Rechtsanwälte federführend mit Hilfe dieser Berufe neben Rechtsdienstleistungen ergänzende Dienstleistungen anbieten und Gewähr für eine hohe Beratungsqualität nach festgesetzten Standards übernehmen? Letztlich hat der Gesetzgeber mit § 5 RDG bereits eine Büchse der Pandora geöffnet, die anderen Berufen ein Wettbewerbspotenzial zum Nachteil der traditionellen Rechtsdienstleister eröffnet.

Dass sie dieses bislang nicht erkannt haben und nutzen, ist keine Sicherheit für die Zukunft. Daher lautet

These 5:

„Die Erweiterung der Sozietätsfähigkeit kann sicherstellen, dass sich die bislang sozietätsfähigen Berufe auf dem Rechtsdienstleistungsmarkt zusätzliches Geschäft erschließen, anstatt dieses an andere Berufe abgeben zu müssen.“

Alle berufs- und rechtspolitischen Diskussionen sind freilich müßig, wenn die verfassungs- und europarechtlichen Dämme in Form der überkommenen Sozietätsverbote in StBerG und BRAO, auf die bislang vertraut wird, nicht dauerhaft halten. Ob sie im Lichte des höherrangigen Rechts Bestand haben werden, ist nicht zweifelsfrei: Gerechtfertigt werden die Sozietätsverbote insbesondere mit der Gewährleistung der Unabhängigkeit der Berufsträger von berufsfremden Einflüssen. Während dieses Argument traditionell tragfähig war, sieht es sich perspektivisch Angriffen ausgesetzt, da mit dem Kohärenzgebot jedenfalls auf der Ebene des Unionsrechts ein weiterer Kontrollmaßstab zunehmend an Bedeutung gewinnt. Die Frage, die angesichts des Kohärenzgebots zu stellen sein wird, ist, ob die Unabhängigkeit der Berufsträger gegenwärtig in einer derart lückenlosen und überzeugenden Weise sichergestellt ist, dass auf die Wahrung der Unabhängigkeit gestützte Sozietätsverbote widerspruchsfrei sind. Sie ist aufgrund zahlreicher Friktionen im berufsrechtlichen Gesamtgefüge nicht ohne Weiteres zu bejahen – das wohl augenfälligste von verschiedenen Beispielen, die Zweifel an der Kohärenz begründen, ist die Zulässigkeit der Ausübung verkammerter Freiberufe in Anstellung. Daher lautet die abschließende

These 6:

„Das Kohärenzgebot lässt es jedenfalls unionsrechtlich zweifelhaft erscheinen, dass eine Erweiterung der Sozietätsfähigkeit dauerhaft verhindert werden können. Deshalb ist aktive Mitgestaltung eine sinnvollere Zukunftsstrategie als ein Rückzug in die Fundamentalopposition.“

Moderation

Prof. Dr. Thomas Mann, Georg-August-Universität Göttingen

Vielen Dank, Herr Professor Kilian. Ich glaube, in weiten Teilen werden die Umfrageergebnisse wohl übertragbar sein. Danke insbesondere für Ihren Blick ins Ausland. Für mich ist zumindest der Gedanke neu, dass man hier vertikal diskutiert. Wenn wir unsere horizontale Diskussion haben, dann reden wir immer über Gesellschaften mit anderen verkammerten Freiberuflern. Und der Arzt kommt uns nun schon ganz extrem vor, aber die Idee, Fachangestellte an der Gesellschaft zu beteiligen, geht natürlich noch einen Schritt weiter. Das ist mit unserer Vorstellung, die hinter solchen Gesellschaften steht, natürlich schwer vereinbar, wenn wir darüber diskutieren, ob dort die gleichen Verschwiegenheitspflichten und ähnliche Dinge gelten. Sobald die Gesellschafter überhaupt keine Freiberufler mehr sind, sind wir im Grunde bei der Diskussion um die Beteiligung von Gewerbetreibenden angekommen. Obwohl die Idee, gute Leute an den eigenen Betrieb oder die eigene Gesellschaft zu binden, indem man sie in gewisser Weise daran beteiligt, natürlich eine gute ist, um zu verhindern, dass sie weggehen. Was der Blick über die Grenze auch gezeigt hat, ist, dass – wie zu erwarten war – in den angelsächsischen Staaten unser Thema viel ökonomischer diskutiert wird und hier auch die unterschiedliche Kultur durchschlägt, die uns an vielen Diskussionspunkten auch im Europarecht immer begegnet, wo unsere freiberuflichen Vorstellungen auf Gegenbilder stoßen, die mehr von Wettbewerbsvorstellungen durchsetzt sind. Wir haben die Hoffnung, dass Herr Prof. Stürner dazu möglicherweise etwas sagen kann. Bitte, Sie haben das Wort.

4. Das Berufsrecht der Freien Berufe unter dem Liberalisierungsdruck der Europäischen Union und des Bundesverfassungsgerichts

Prof. Dr. Dres. h. c. Rolf Stürner, Freiburg

Professor am Institut für Deutsches und Ausländisches Zivilprozessrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Das Recht der Freien Berufe steht unter einem Veränderungsdruck. Er zeigt sich zunächst einmal bei den Initiativen der Europäischen Kommission im Anwaltsrecht, Notarrecht und Recht der Wirtschaftsprüfer, die eher allgemein die Dichte staatlicher oder kammermäßiger Regulierung betreffen. Kennzeichnend ist nicht zuletzt aber eine Anfeindung formalisierten Schutzes der Unabhängigkeit, wie er auch in Beschränkungen interprofessioneller Zusammenarbeit und in berufsrechtlichen Verboten zum Ausdruck kommt, die bei bestimmten Konstellationen die Gefahr eines Verlustes der Unabhängigkeit unwiderleglich vermuten. Auf der Abschussliste der Europäischen Kommission stehen aber insbesondere auch Gebührenordnungen für Freie Berufe, die nicht nur im Verdacht stehen, Berufs- und Vertragsfreiheit zu verletzen, sondern auch unter dem Gesichtspunkt unzulässiger Quersubventionierung das Missfallen der Kommission wecken. Hieraus erklärt sich auch die neueste Initiative der Kommission zu Gebührenordnungen für Steuerberater, Architekten und Ingenieure. Die Stellung des EuGH zu den Aktivitäten der Kommission ist von etwas unentschiedener Zurückhaltung. Er hat in seinen Entscheidungen zu Gebühren von Rechtsanwälten („*Cipolla*“) eine Präferenz für freie Gebührenvereinbarungen erkennen lassen, aber gesetzliche oder kammermäßig verfasste Gebührenordnungen nicht grundsätzlich infrage gestellt. In ähnlicher Weise hat er das Recht der Apotheker und Notare zwar den EU-Marktfreiheiten unterstellt, dann aber im Interesse des gemeinen Wohls notwendige und erforderliche Regulierungen zum Schutze der Unabhängigkeit und professionellen Qualität für zulässig gehalten. Das deutsche BVerfG ist dem Ruf des neuen Freiheitsverständnisses in einigen berufsrechtlichen Entscheidungen gefolgt, und zwar teilweise eher weitreichender als der EuGH.

Die Angriffe der Kommission auf einzelstaatliche Berufsverfassungen sind nicht ohne Wirkung geblieben. Der Rechtsberatungsmarkt in den Niederlanden ist voll liberalisiert. Italien hat rechtsanwaltliche Gebührenordnungen weithin abgeschafft, und eine der ersten Taten des früheren EU-Wettbewerbskommissars Monti als hoffnungsvoller Ministerpräsident bestand in der Abschaffung zwingender notarieller Gebührenordnungen, ein Akt der Liberalisierung zur Stimulierung des Wachstums der italienischen Wirtschaft, dessen Erfolg bis jetzt noch ausstehen scheint. Ähnlich hat Frankreich in einer *Loi pour la croissance économique* neben dem Recht der Transportunternehmen auch das Recht der Notare und Rechtsanwältinnen bei den obersten Gerichten weiter dereguliert, insbesondere zahlenmäßige Zugangsschwellen teilweise abgeschafft und interprofessionelle Kooperationen wesentlich erleichtert, wobei der wirtschaftlich stimulierende Effekt dieser Reform auf sich warten lassen könnte, weil es hierfür vielleicht doch ungleich Wichtigeres gegeben hätte. Umgekehrt ist im Bereich der Wirtschaftsprüfung – nicht zuletzt auch auf Initiative der Europäischen Kommission – eine starke „Reregulierung“ zu beobachten, im Bereich der Ratingagenturen Schritte zu einer ersten Regulierung – eine Reaktion auf die Finanzkrise, die sogar bei nicht klassischen freien, sondern abhängigen Beratungsberufen zu Formen vorher undenkbarer Einkommensregulierung geführt hat. Offenbar wird man durch Schaden klug – wenigstens vorübergehend.

Was sind die Ursachen dieser Gesamtentwicklung, in die auch die Entwicklung des Rechts interprofessioneller Kooperation eingebunden ist und deshalb nur schwer sinnvoll isoliert diskutiert werden kann? Hauptursache ist die Ökonomisierung der gesellschaftlichen Ordnung und des sie verfassenden Rechtsdenkens. Sie geht von einem gegenwärtig Ton angehenden Teil der Wirtschaftswissenschaften aus, der alle gesellschaftlichen Institutionen an einer Form ökonomischer Effizienz misst, die von quantifizierbaren Vorteilen bestimmt ist. Weil diese Sicht mit dem traditionellen Verständnis der Rolle Freier Berufe letztlich unvereinbar ist, kommt es zu den geschilderten Umbrüchen und teilweise auch zu widersprüchlichen Entwicklungen.

Man verbindet mit dem „Freien Beruf“, wie er sich im Laufe des 19. Jahrhunderts herausgebildet hat, zunächst einmal die Unabhängigkeit vom Staat, den Einfluss und Zugriff auf die Beratung der Bürger. Wo solche Eingriffe erforderlich erscheinen, sollen sie in eher staatsferner Form durch Kammern als Selbstverwaltungsorgane erfolgen. Mit dem Gedanken staatsferner Befriedigung des Beratungs- und Dienst-

leistungsbedarfs durch Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Ärzte und Apotheker, Architekten und Ingenieure etc. ist indessen die traditionelle gesellschaftliche Funktion Freier Berufe nur unzulänglich beschrieben. Die Freien Berufe verwalten vielmehr in sehr unmittelbarer Form Rechtsgüter besonderer Qualität, was sie von anderen Dienstleistungsberufen unterscheidet: nämlich Recht, wirtschaftliche Integrität, Steuergerechtigkeit, Gesundheit, Sicherheit etc. Aus der besonderen Qualität dieser Rechtsgüter folgt eine stärkere Gemeinwohlbindung als bei anderen Dienstleistern, die ihrerseits wiederum einen Grad an Unabhängigkeit vom Mandanten oder Klienten verlangen, wie er in anderen Berufen so nicht erforderlich erscheint.

Die Unabhängigkeit des traditionellen Freien Berufs richtet sich also sowohl gegen den Staat als auch gegen den Mandanten oder Klienten. Die überkommenen Rechtsordnungen europäischer Tradition haben in vielfacher Weise versucht, die anwaltliche Unabhängigkeit gegenüber dem Mandanten oder Klienten zu wahren. Mechanismen zur Wahrung von Distanz und Unabhängigkeit gegenüber dem Mandanten waren und sind teilweise noch regulierte Honorierung, Werbeverbote bzw. Werbebeschränkungen, Schutz vor Weisungsgebundenheit gegenüber dem Mandanten oder Dritten und Schutz vor wirtschaftlicher Abhängigkeit, Verbot interprofessioneller Kooperation mit der Folge einer Einbuße an fachlicher und finanzieller Unabhängigkeit, Beschränkungen bei gesellschaftsrechtlich organisierter Kapitalbildung als Basis interprofessioneller Zusammenarbeit. Es ist erstaunlich, wie stark die Gegenwart den Zweck dieser Regulierungsformen verdrängt hat, neutralisierende Distanz zum Mandanten zu wahren. Was sind die Ursachen dieses Verdrängungsprozesses?

Die gesellschaftliche Entwicklung der letzten Jahrzehnte ist durch eine fortschreitende Individualisierung gekennzeichnet. Die US-amerikanische Gesellschaft schuf die wohl erste Grundverfassung, die konsequent auf den „pursuit of happiness“ im Sinne eines selbstdefinierten Individualglücks aufbaut. In einer solchen Gesellschaft sind freiheitsbeschränkende Regeln, die dem „Gemeinwohl“ zu dienen bestimmt sind, notgedrungen auf einen Grundbestand reduziert, der sich an der Förderung individueller Entfaltungsmöglichkeit als dem alles überwölbenden Staatszweck messen lassen muss, weil – so der gedankliche Grundansatz dieses Gesellschaftsmodells – nur so ein Maximum an wirtschaftlichem und sozialem Fortschritt erreicht werden kann. Die Antinomie von freiheitlicher individueller Entfaltung und Gemeinwohlbindung erfährt auf diese Weise eine Aufhebung. Es entsteht

die neoliberale Marktgesellschaft, die möglichst uneingeschränkt nachgefragte Dienstleistungen zu Preisen des Marktes befriedigt. Gemeinwohlregeln, die sich dieser Grundidee gesellschaftlicher Gestaltung nicht unterordnen, haben es in allen Bereichen schwer, weil sie immer Gefahr laufen, als letztlich willkürliche Setzung autoritativen Charakters angegriffen und verworfen zu werden.

Die deutsche und europäische Gesellschaft hat neben die Grundpostulate der Freiheit und Gleichheit über lange Jahrzehnte den Grundsatz der Solidarität, der fraternité, gestellt, aus dem sich weiterreichende Gemeinwohlregeln ableiten ließen, überwiegend zum Schutz der Gesamtheit und des einzelnen Bürgers vor Übergriffen des intellektuell oder wirtschaftlich überlegenen Marktteilnehmers. Eine solche Gesellschaft gibt der Selbstverwirklichung in größerem Maße normative Inhalte oder gar Grenzen vor als die fortgeschritten individualisierte Gesellschaft. Der Freie Beruf nimmt in ihr nicht nur Dienstleistungsfunktion für den Klienten oder Mandanten wahr, vielmehr steht er auch im Dienste des Gemeinwohls mit der Folge stärkerer standesrechtlicher Regulierung und Distanz zum Mandanten und zu Dritten. In diesem Modell waren Anwalt oder Steuerberater als Inhaber eines Rechtsberatungsmonopols doppelt fremdbestimmt, sie waren nicht nur dem Mandanten, sondern in abgeschwächter Form auch dem Gemeinwohl verpflichtet, und allein aus dieser doppelten Fremdbestimmung ließ sich ein Beratungsmonopol ausreichend rechtfertigen.

Mit dem Zusammenbruch der osteuropäischen Gesellschaften, die den Gedanken der Solidarität überbetonten und für totalitäre Gestaltungsformen missbrauchten, geriet auch der europäische Versuch zur ausgewogenen Balance zwischen Freiheit, Gleichheit und Solidarität immer mehr unter Druck. Staatliche Regulierung, wie sie für staatlich organisierte Solidarität unabdingbar erscheint, sieht sich selbst in maßvoller Ausgestaltung skeptischer Kritik ausgesetzt. Gesetzliche Gebühren pauschalierenden Charakters betrachtet man unter den Gesichtspunkten fragwürdiger Quersubventionierung, fehlender Entgeltgerechtigkeit und des Hemmnisses für Preiswettbewerb; Werbeverbote sind Beschränkungen notwendiger Marktinformation als Ausgangspunkt des Wettbewerbs um informierte Mandanten; Beschränkungen und Verbote interprofessioneller Zusammenarbeit und Finanzierung sieht man als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit und nicht als Schutz vor Gefahren für die Unabhängigkeit der Rechtsberatung bei Einflussnahme fachfremder Interessen oder gar reiner Gewinninteressen. Europaweite und teilweise weltweite Marktfreiheiten führen zu einer Verringerung

staatlicher Regulierungskompetenz und begünstigen eine Entwicklung, die im überstaatlichen Wettbewerb der Dienstleistungsanbieter die beste Qualitätsgarantie und letztlich auch Gemeinwohlgarantie sieht. Anwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater werden zu Teilnehmern eines möglichst nicht regulierten Beratungsmarkts, der individuell bestimmte Beratungsbedürfnisse befriedigt. Das Standesrecht dient dann – ähnlich wie die Transparenzregeln des Waren- oder Finanzproduktmarktes – in erster Linie dem Schutz des Nachfragers vor verfälschter Information sowie dazu, Wettbewerbsrecht und Standesrecht zu konvergieren, und erst das allgemeine Strafrecht beschreibt die Grenze der Identifikation mit dem Mandanten.

Es muss eigentlich erstaunen, wie ungebrochen Wirtschaftswissenschaftler und teilweise auch Rechtswissenschaftler solche Thesen auch nach der Finanzkrise vertreten, die in vielfältiger Weise das Ergebnis eines Beratungsmarktes war, der sich ausschließlich an gewinnmaximierenden Dienstleistungen orientierte und die Grenze zwischen geschäftlicher Klugheit und Betrug zu verwischen begann. Der freie Beratungs- und Bewertungsmarkt hat eben gerade nicht dazu geführt, dass gute Beratung zu günstigen Preisen geboten worden wäre. Ein ähnlicher Realitätsverlust ist zu konstatieren, wenn immer wieder – wie erst jetzt einmal mehr in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung bei der Diskussion um die Gebührenordnungen Freier Berufe – die These verbreitet wird, Deregulierung von Monopolen und Preisen führe auch bei allen bisher regulierten traditionellen Freien Berufen zu preisgünstigerer Beratung bei guter Qualität. Vergleichsrechnungen im Bereich des Grundstückswesens haben vielmehr ergeben, dass regulierte notarielle Mitwirkung im europäischen Regelfalle billiger und qualitätsvoller ist als die „freie“ Beratung in deregulierten Grundstücksmärkten. Auch die These von sinkenden Preisen anwaltlicher Beratung bei Deregulierung der Gebühren geht an der Realität vorbei, dass sich das Preisniveau der „besseren“ Anwaltschaft in vielen Bereichen in einer Weise angehoben hat, die dem Mittelstand die Rechtswahrnehmung mehr oder weniger verunmöglicht.

Bei interprofessioneller Zusammenarbeit sollte man vor allem auf den Gleichlauf des Charakters der Dienstleistung achten. Das gemeinsame reine Gewinninteresse und das gemeinsame Interesse an Transaktionskostensparnis sollten als zulässige Basis einer Zusammenarbeit nicht ausreichen. Es ist deshalb im Ergebnis richtig, wenn das BVerfG in seiner Entscheidung zur Zusammenarbeit von Rechtsanwälten und Patentanwälten auf der Basis einer GmbH, die ihrerseits ebenfalls zur Rechtsberatung zugelassen sein soll, zunächst einmal auf den Gleich-

lauf der Art der Dienstleistung abhebt. Ob es aber wirklich notwendig war, dem Gesetzgeber von Verfassungen wegen in den Arm zu fallen, wenn er eine zusätzliche Sicherung der beruflichen Unabhängigkeit durch entsprechende Gestaltung der Leitungsmacht und der Stimmrechte anordnet, ist eine andere Frage, und ihre Beantwortung durch das BVerfG engt den Spielraum des Gesetzgebers viel zu weitgehend ein. Immerhin ist diese Auffassung bei konformem Berufsrecht aller Beteiligten gerade noch vertretbar. Soweit sich indessen das Argument verselbstständigt, die Regeln des anwaltlichen Berufsrechts und allgemein des Rechts freier Berufe schützen ausreichend vor Übergriffen auf die Unabhängigkeit durch die Mehrheitseigner bzw. Inhaber der Stimmenmehrheit, beginnt diese Argumentation gefährlich zu werden. Sie wirkt nicht gerade lebensnah, ist es doch für den wirtschaftlich Schwächeren nicht immer oder eher selten möglich und ratsam, gegenüber dem stärkeren Teil auf die Einhaltung nicht immer klarer beruflicher Regeln zu bestehen. Dieser Umstand ist auch schon im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit von angestellten Anwälten oder von Juniorpartnern vor allem in hierarchisierten Großkanzleien sehr kritisch gewürdigt worden. Inzwischen dient aber das Argument ausreichenden Schutzes durch das Berufsrecht unabhängig von Kapital- und Stimmrechtsmehrheiten bereits als Argument, weitere Formen interprofessioneller Zusammenarbeit (Anwälte mit Ärzten, Ingenieuren etc.) auf der Basis gemeinsamer gesellschaftsrechtlicher Kapitalbildung zuzulassen oder gar Fremdkapitalgebern die Türe zu öffnen. Man müsste recht blauäugig sein, wollte man bei solchen Konstellationen noch von ausreichender Unabhängigkeit oder auch nur Transparenz ausgehen.

So ist auf dem Boden der hier vertretenen Auffassung zwar die Zusammenarbeit zwischen Anwälten, Patentanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern denkbar, verstärkt allerdings bereits die Gefahr des Distanzverlustes bei der wechselseitigen Beurteilung der Qualität. Eine Grenze besteht indessen bisher zu Recht dort, wo Rechtsberater sich mit Ärzten oder freien technischen Berufen partnerschaftlich verbinden, weil sich hier die Gefahr einer Abhängigkeit von einem fachfremden Urteil aus Gründen gemeinsamer Gewinninteressen verstärkt: Der Arzt kann zum medizinischen Mandantenjäger des Anwalts werden und umgekehrt der Anwalt zum rechtlichen Agenten eines auf gewinnträchtigen Streit ausgerichteten medizinischen Watch Dog. Wechselseitige Distanz mag dem Interesse der Gesellschaft und ihrer Individuen besser dienen, und es muss dem Gesetzgeber freistehen, sich bei Ausübung seines Ermessens entsprechend zu positionieren, ohne sich gerichtlichen Maßstäben stellen zu müssen, die oft lange tolerierte gesetzgeberische Entschei-

dungen plötzlich durch ihr eigenes Urteil ersetzen. So besehen ist der vermeintliche Weg in die Freiheit nur allzu oft der Weg in den Staat gerichtlich verordneten Berufsrechts, das dem Gesetzgeber nur noch wenig Gestaltungsspielraum lässt und auf diese Weise das Berufsrecht jenseits demokratischer Mehrheiten neu erfindet. Einer solchen Entwicklung sollten die Kammern und die Standesvertretungen der Freien Berufe ihr volles politisches Gewicht entgegenstellen, was allerdings immer voraussetzt, dass sie wissen, wofür sie stehen und sich nicht selbst den Gewinninteressen mancher Standeskollegen beugen.

Moderation

Prof. Dr. Thomas Mann, Göttingen

Vielen Dank, Herr Professor Stürmer. Das war der empathische Schlusspunkt, auf den ich gehofft hatte. Wir haben jetzt dadurch ein breites Feld abgesteckt. Wir haben bei einer früheren Tagung, als es um das Bild der Freien Berufe ging, im Grunde auch gespürt, dass in vielen Bereichen der Gemeinwohlbezug, der als prägendes Charakteristikum der Freien Berufe anzusehen ist, verloren geht, etwa auch bei der Frage der Rechtsformwahl. Wenn es eine GmbH ist: Wie soll man denn noch klar machen, dass hier freiberufliche Werte vertreten werden? Wir haben statistisches Material, wir haben Auslandsberührung und wir haben die Antwort, wohin der Weg geht. Nach Auffassung von Herrn Prof. Kämmerer zur allgemeinen Freiberuflergesellschaft ohne Denomination. Dahinter steht die Vorstellung, dass wir uns mit den anderen verkammerten Freien Berufen zusammenschließen müssen, um so etwas wie einen allgemeinen Teil des Berufsrechts der Freien Berufe zu entwickeln, den man noch durch berufsspezifische Besonderheiten ergänzen kann, aber damit im Grunde etwas hat, was man nach außen hin auf der europäischen Ebene dann auch vertreten kann. Das klingt gerade auch so ein bisschen an, als Herr Prof. Stürmer daran erinnert hat, dass die Standesorganisationen, dass die Kammern sich ihrer Rolle wieder besinnen sollen. Also genügend Möglichkeiten, Fragen zu stellen. Natürlich gilt dies auch für das einführende Referat von Herrn Prof. Kluth, das konkret Bezug genommen hat auf die Entscheidungen, die überhaupt dazu geführt haben, dass wir hier sitzen. Ich gebe das Wort frei für Ihre Fragen. Wir haben noch genügend Zeit.

III. Podiumsdiskussion unter Einbeziehung des Auditoriums

Prof. Dr. Winfried Kluth, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Da Herr Prof. Stürmer zum Schluss auch die Berufsorganisationen angesprochen hat, möchte ich an der Stelle auch noch auf einen Aspekt hinweisen, nämlich die Parallelentwicklung beim Handwerk, wo man auch die Meisterpflicht reduziert hat und wo wir jetzt den Effekt haben, dass die Betriebe damit werben „Ich bin ein Meisterbetrieb“. Das kann man mit einer Formulierung des Philosophen von Weizsäcker auch aufgreifen: Freiheit verteidigt man am besten, indem man von ihr Gebrauch macht. Das heißt, wo wir eine Erosion von rechtlichen Verpflichtungen bzw. von rechtlichen Rahmenbedingungen haben, muss es dann auch Aufgabe des Berufsstandes sein, den Wert dieser besonderen Organisationsformen auch als Qualitätsmerkmal im Wettbewerb zu vermitteln. Das wäre praktisch dann schon der nächste oder übernächste Schritt. Meines Erachtens wurde völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass wir im Augenblick eine dominante Sichtweise auf das Thema Wirtschaft haben. Es wird häufig so getan, als wenn es nur eine Sicht, nämlich die liberale Marktökonomie als Wirtschaftskonzept, gibt. Institutionen, Ökonomie und Organisationsformen bleiben auch in unserer Ausbildung sehr stark zurück. Gerade diese Verschiebungen haben auch mit der geringen Wertschätzung von Organisationsformen, von institutionellen Dingen zu tun. Ich weiß aus Gesprächen mit den Wirtschaftswissenschaften, dass die Wirtschaftswissenschaften strukturell auch unter einem wissenschaftlichen Diskursmangel leiden, weil man sich dort untereinander gar nicht unterhält. Die einen arbeiten nur mit Zahlen, die anderen mit Konzepten sonstiger Art. Das Problem ist, dass bestimmte u. a. von Herrn Monti vertretene frühere Linien dominant sind. Insofern sind hiermit auch sehr weitreichende grundsätzliche Anforderungen an unser Selbstverständnis, wie wir uns als Gesellschaft und auch als Berufsraum organisieren, verbunden.

Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, Bucerius Law School, Hamburg

Ich würde mich gerne zu Herrn Prof. Stürmer noch äußern wollen, mit dem Versuch, ihm zumindest in einzelnen Punkten etwas zu widersprechen. Worin ich Ihnen zustimme: Ja, die EU achtet die berufsrechtlichen und beruflichen Traditionen und Unterschiede wenig. Es setzt sich vielfach die ökonomischste Position, vielfach die britische, durch,

aber durchaus nicht immer. Worum es auch geht, und insofern möchte ich leisen Widerspruch anmelden, sind die Bürgerrechte. Die Grundfreiheiten sind Bürgerrechte und sollten als solche verstanden werden. Das sind nicht nur Marktorganisationsprinzipien. Das sind die Individualrechte. Diese Bürgerrechte müssen auch zu ihrer Entfaltung kommen. Übrigens ist dieses Prinzip, ist auch das BVerfG, wenn Sie mal genauer hinschauen, erstaunlich wertkonservativ. Weil es nämlich die berufsrechtlichen Pflichten nicht der Gesellschaften, sondern der einzelnen Berufsträger besonders akzentuiert. Auf diese berufsrechtlichen Pflichten, und das sind Pflichten, die der Gesetzgeber und die Kammern gemacht haben, kommt es an. Wenn drittens die Gerichte hier dem Gesetzgeber in die Parade fahren, dann liegt das häufig daran, dass der Gesetzgeber sich nicht hinreichend um ein konsistentes Berufsrecht bemüht. Er ist in gewisser Weise selbst schuld, wenn die Gerichte dort, wo die berufsrechtlichen Regeln intern und zueinander im Widerspruch stehen, diesen Widerspruch glatt schleift und damit die berufsrechtlichen Regeln immer kleiner schleift. Im Ganzen würde ich also sagen, es ist immer ein gewisser Kompromiss, der insbesondere in der EU mal so und mal so ausgehen kann. Denken Sie an die Notare, wo letztlich nur die Staatsangehörigkeitsregelung wirklich gekippt wurde. Denken Sie an den Apotheker in seiner Apotheke, der vom EuGH dann auch durchaus gefeiert worden ist. Insofern bin ich der Auffassung, auch die Anwendung des Europarechts führt immer zu einer gewissen Kompromissregelung, aber die ergibt sich eben nicht nur dadurch, dass der Markt unionsübergreifend ist, sondern auch daraus, dass die Fähigkeit, Rechte zu genießen, das heißt das individuelle Recht der einzelnen Berufsträger, eine unionsweite ist.

Karl-Heinz Bonjean, StB, Präsident der Steuerberaterkammer Köln

Ich möchte direkt an die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Kämmerer anknüpfen und dem ein kleines bisschen etwas entgegensetzen. Man muss auch die Rolle des Steuerberaters, insbesondere hier in Deutschland, als Organ der Steuerrechtspflege sehen. Das automatisch zeigt schon gewisse Grenzen auf. Wie weit darf das überhaupt gehen? Ich finde, das ist ein ganz wichtiger Punkt, den man nicht außer Acht lassen darf. In anderen europäischen Ländern sind die Berufsbilder so gar nicht vorhanden, sind auch nicht vergleichbar. Daraus ergeben sich ganz unterschiedliche, auch rechtliche Schlussfolgerungen, die man einfach im Visier haben muss. Wenn europaweit oder von der EU-Kommission immer wieder die berühmte Wettbewerbsfreiheit eingefordert wird, dann muss man dem auch entgegensetzen, gerade aus Sicht

der Kammern: Das geht zulasten der Qualität und darf deshalb nicht sein. Wir leben hier in Deutschland über Jahrzehnte sehr gut mit unserem System. Es hat sich bewährt. Ich mag mir gar nicht vorstellen, wenn das irgendwo aufgeweicht wird, welche Auswirkungen das auf den Staat hat, auch auf die Finanzverwaltung. Wie sieht es dann bei der Steuererhebung aus? Einen ganz anderen Aspekt möchte ich gerne in diese Diskussion einbringen. Ich stelle mir eine interprofessionelle Gesellschaft mit all ihren Ausprägungen vor und frage mich dann: Was passiert denn in einem Haftungsfall? Das schafft auch ganz neue Risiken. Bisher gibt es dort klare Regelungen. Ich sehe, aus Sicht des Mandanten, ihn schon in gewisse Risiken hineinlaufen, auch bei Fragen der Haftung usw.

Prof. Dr. Dres. h. c. Rolf Stürner, Freiburg

Ich möchte doch noch etwas sagen zu einem gewissen Realitätsverlust in der Rechtsprechung des BVerfG. Ich weiß nicht, woher er kommt, meine aber, dass er von einer etwas starken Akademisierung des Gerichts herrührt. Wenn ich mir eine Anwaltskanzlei vorstelle, in der der älteste Sozios 50 % hält am Partnerschaftskapital, und dann seien noch drei, vier, fünf andere Sozios dabei, die noch 10, 12, 15 % halten, und es kommt zu Konflikten über die Art der Erledigung der Probleme der Klientel, dann ist es doch eigentlich reichlich illusorisch, wenn man davon ausgeht, dass jeder der Minderheitspartner das gleiche Gewicht hat, darüber zu entscheiden, was bei der Art der Erledigung bestimmter Fälle tatsächlich gilt. Das wird doch faktisch bei einem Abendessen entschieden, das wird doch nicht rechtlich ausgetragen. Und da hat natürlich derjenige, der das Kapital hat, das stärkere Gewicht. Meine Damen und Herren, die Quäker durften reiten, wenn sie Pferde hatten. Wer kein Pferd hat, kann nicht reiten. Und das ist hier eben doch sehr stark der Fall. Und da habe ich das Gericht offen gestanden nicht verstanden. So klug das klingt, diese Trennung von berufsrechtlicher Anforderung und Kapitalverteilung, das ist doch reichlich theoretisch und lebensfremd. Man merkt, dass vielleicht zu wenige der Richter tatsächlich Anwälte waren und in einer Kanzlei mitgearbeitet haben, wo bestimmte Mehrheitsverhältnisse regieren. Und das ist bei internationalen Großkanzleien viel stärker von Gewicht. Da gibt es Fälle, wo eben bestimmte Weisungen – Abendessenweisungen – von dem wirtschaftlich Stärkeren ausgehen. Und dann erwartet man, dass ein 35-jähriger Anwalt sagt: *„Nein, nein mach ich nicht, mein Berufsrecht und meine berufsethische Überzeugung sehen völlig anders aus.“* Das sind doch Dinge, die in dieser Form völlig realitätsfremd sind. Ich muss das doch

deutlich sagen. Das mag von der Rechtstheorie her ganz schön klingen, aber es ist weltfremd – absolut weltfremd!

Prof. Dr. Thomas Mann, Georg-August-Universität Göttingen

Ich möchte das unterstreichen. Aber der Problemfall, der ergibt sich doch im Grunde aus folgender Konstellation: Was ist denn, wenn die Kapitalmehrheit, was jetzt noch nicht möglich ist, aber möglicherweise möglich wird, bei einem Gewerbetreibenden liegt? Deswegen darf das nicht passieren.

Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, Bucerius Law School, Hamburg

Es geht nicht darum, die Rolle der deutschen Steuerberater und ihre Funktion abzuschaffen. Und ich glaube, es geht auch der EU nicht darum. Das Problem ist, dass Sie, wenn es Akteure aus dem Ausland gibt, die Steuerberatung betreiben, die möglicherweise eine gleiche, dem Steuerberater gleichwertige Ausbildungen haben, die möglicherweise nicht Steuerberater heißen, die möglicherweise ein anderes Berufsbild haben, eine andere Berufsorganisation, die Frage beantworten müssen, dass wir alle die Frage beantworten müssen, inwieweit diese Personen oder möglicherweise auch Gesellschaften in die deutsche Steuerberatungswelt eingepasst werden dürfen und, wenn wir hier von äquivalenten Akteuren ausgehen, wie sie eingepasst werden können. Das sind Fragen, die nicht am Selbstverständnis der deutschen Steuerberater rühren, aber durchaus die Frage der europäischen Permeabilität der Steuerberatungsmärkte aufwerfen. Ich weiß, das Wort wird nicht gern gehört. Aber letztlich sind es natürlich Berufsmärkte, um die es hier geht; Märkte für Freie Berufe. Was die interprofessionelle Haftung betrifft, kann ich nur sagen, ich verstehe von dem Thema zu wenig. Die Frage gehört gelöst, denn, um mit den Worten Adenauers zu sprechen, „Die Situation ist da“. Wir haben nun bereits eine Situation oder sehr wahrscheinlich werden wir sie bekommen, in der ausländische Akteure, ausländische Berufsträger, in Deutschland schon längst tätig werden dürfen. Die Frage, die sich aufgrund der BFH-Vorlage stellt, ist lediglich, in welchen Rechtsformen sie dies in Deutschland für welche Berufe künftig können. Diese Frage muss dann beantwortet werden, sobald wir die EuGH-Entscheidung auf dem Tisch haben. Sie muss eigentlich schon jetzt beantwortet werden, aber es werden sich weitere Teilfragen ergeben. Insofern können wir nicht fragen, ob wir diese Frage beantworten wollen. Wir müssen sie beantworten, und zu dieser Antwort gehört eine möglichst breitflächige Betrachtung der exis-

tierenden Regelungen und Verhältnisse, damit wir eine konsistente Regelung bekommen; denn inkonsistente Regelungen werden uns die Gerichte zerschießen.

Dipl.-Kfm. Dr. Ferdinand Rüchardt, StB/WP, Vorstandsmitglied der Steuerberaterkammer München

Was ich noch immer nicht begriffen habe, vielleicht kann mir das jemand erklären, ist, wieso Ausländer hier in Deutschland Steuerberatung betreiben dürfen? Ich sehe das für einen Architekten ein. Häuser werden überall nach den gleichen Regeln gebaut. Ich sehe das für einen Arzt ein. Mein Herz und mein Körper sind genauso gebaut, nach meinem Kenntnisstand jedenfalls, wie die eines Franzosen oder eines Italieners. Aber dass wir alle das gleiche Steuerrecht haben, das habe ich jedenfalls noch nicht bemerkt. Wie kann ein Franzose, der nach einem französischen Steuerrecht ausgebildet ist, in Deutschland eine qualitativ hochwertige Beratung vollbringen? Er wird doch auch hier eine Zulassung haben oder zumindest sich irgendwie dieses Wissen hierfür verschaffen müssen, sonst kann es doch nicht gehen. Diesen Spagat habe ich noch nicht verstanden.

Prof. Dr. Matthias Kilian, Universität zu Köln

Ja, das ist ein Problem, das sich letztendlich für alle höheren Berufe gestellt hat. Die EU hat unterschiedliche Antworten darauf gefunden, und man hat ursprünglich den Plan gehabt, für alle möglichen Sektoren sektorale Richtlinien zu schaffen. Für Rechtsanwälte gibt es solche Richtlinien. Für Steuerberater ist es nicht dazu gekommen. Das heißt, es kann jeder Rechtsanwalt, z. B. ein estnischer Rechtsanwalt, in Deutschland auftreten. Das war eine politische Entscheidung, als diese Richtlinie in Kraft gesetzt worden ist. Diese Fragen, die Sie gestellt haben, sind damals auch gestellt worden. Natürlich, die Antwort der EU ist einfach: Der tritt hier unter seinem Heimattitel auf, und das ist der Hinweis für den, auch für den einheimischen Rechtssuchenden, der Steuerberatung braucht, dass er weiß, es ist kein Steuerberater, sondern wie auch immer der ausländische Berufstitel ist. Und dann mag der sich das überlegen, ob er das möchte oder nicht. Diese Freiheit hat der Konsument oder der Verbraucher. Der darf dann natürlich in Deutschland nicht sagen „Ich bin Steuerberater“, das ist klar, wenn er dienstleistend tätig ist.

Prof. Dr. Thomas Mann, Georg-August-Universität Göttingen

Ich weiß nicht und frage Sie als die Vertreter der Kammern. Sie wissen doch am besten, welche Ausländer in Ihren Bezirken tätig sind. Ich kann mir nicht vorstellen, dass das eine große Zahl ist, von der wir hier reden. Genau aus diesen Gründen. Also, wenn das ein gewissenhafter Berufsträger ist, der wird sich doch nicht in ein fremdes Steuerfeld begeben. Aber Herr Prof. Stürner wollte noch etwas sagen.

Prof. Dr. Dres. h. c. Rolf Stürner, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Ich meine, es wurde schon angeführt. Im Grunde genommen geht die Kommission bei solchen Regelungen davon aus, dass der Markt das regelt. Wenn der Abnehmer keinen Franzosen oder Italiener will, der kein Deutsch kann, dann beauftragt er ihn nicht. Herr Monti ging sogar so weit zu sagen, der Bürger muss zwischen dem billigen schlechten Rat und teuren besseren Rat frei wählen können. Das hat er so wörtlich formuliert. Es ist eine Zuspitzung zum sich selbst regulierenden Markt, der die Qualitätsprobleme von alleine löst durch Angebot und Nachfrage. Das steckt im Grunde genommen hinter dieser Philosophie. Sie ist eine Ideologie. Es ist traurig, dass sich die EU so weit vorgewagt hat. Nicht der EuGH hat das für EU-rechtswidrig erklärt. Ich glaube, Belgien hat eine Sprachprüfung eingeführt. Er hat gesagt, wer in Belgien Anwalt ist, muss Französisch oder die Sprachen Belgiens können. Das muss nicht kontrolliert werden. Das geht sehr weit. Ob es praktisch eine Rolle spielt, ist eine andere Frage, aber es lässt den Geist erkennen, der die Überlegungen der Kommission regiert. Die Kommission ist nicht immer vom gesunden Menschenverstand und Realitätsbezug motiviert. Das muss man klar sehen. Sondern es sind durchaus ideologische Gesichtspunkte, die eine große Rolle spielen auf vielen Gebieten. Zum Beispiel die Gleichheit der Gerichte in Europa. Dass man auf jedes Gericht in Europa gleich vertrauen kann, das ist eine andere Ideologie. Solche Ideologien gehen zugrunde, wenn Schäden entstehen, wie z. B. in der Finanzkrise. Aber das Überleben der Erinnerung ist überraschend kurz, das muss man einfach sagen. Bedenklich ist, dass manche, die vor der Finanzkrise mit Statistiken und empirischen Forschungen nachwiesen, wie toll dieses System ist, sich heute wieder unbehelligt frei als wissenschaftliche Ratgeber in Zeitungen bis in die FAZ bewegen können, ohne dass ihnen die Irrtümer der Vergangenheit entgegengehalten werden, das ist bemerkenswert. Und das spielt bei unserer Thematik einfach eine große Rolle. Man prognostiziert auf-

grund theoretischer Überlegungen die Zukunft, ohne zu berücksichtigen, wie sehr man in einem wichtigen Gebiet in der jüngsten Vergangenheit damit auf die Nase gefallen ist. Das ist eigentlich vom gesunden Menschenverstand her schwer verständlich. Und wenn ich das noch sagen darf, wenn die Älteren etwas vorsichtiger sind, dann nicht, weil sie alt sind und keine Veränderung mehr wollen, sondern weil sie schon öfter auf die Nase gefallen sind. Sie folgen stärker dem Vorsichtsprinzip als ein Jüngerer, und das gleicht sich aus. Das ist in der Gesellschaft heilsam, aber es ist kein Zeichen der Überlegenheit der einen oder der anderen Ansicht.

Prof. Dr. Uwe Schramm, StB, Präsident der Steuerberaterkammer Stuttgart

Mir geht es nochmal darum, darauf hinzuweisen, wie Sie, Herr Professor Stürner, gesagt haben, dass die Kommission nicht konsistent ist. Auf der einen Seite werden wir in unseren Berufsrechten eingeschränkt oder wir sollen liberalisieren, wir sollen alles dem Markt hingeben. Es wäre ja schön, wenn der Markt die Qualität regeln würde. Aber auf der anderen Seite werden die Verbraucher auch wieder gestärkt, indem Verbraucherschlichtungen eingerichtet werden, mit denen wir uns nachher auseinandersetzen müssen. Also, das wäre dann auch mal zu untersuchen, was ist der bessere Weg? Wenn man von vorneherein beim Berufsrecht ansetzt und anerkennt, dass es Qualität liefert, dann könnten wir uns das andere sparen. Oder wir liberalisieren hier alles und gehen dann von unten her und stärken den Verbraucher. Also, das ist für mich auch nicht konsistent.

Reinhard Meier, StB/RA/Landw. Buchst., Präsident der Steuerberaterkammer Brandenburg

Ich bin mit großem Interesse der Diskussion gefolgt. Ich habe viel gehört von Begriffen wie Kommerzialisierung, Regulierung, Liberalisierung. Ich habe eigentlich wenig vom Kern der Freiberuflichkeit gehört, der in dem Begriff Freiberuflergesellschaft steckt. Daher meine Frage, inwieweit ist der Begriff der Freiberuflichkeit überhaupt europakompatibel?

Prof. Dr. Winfried Kluth, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Wir haben eine relativ neue Entscheidung des EuGH zum Bereich der Architekten. Der Begriff des Freien Berufes steht etwa bei der Beschreibung der Dienstleistungsfreiheit, also auch im Primärrecht, ohne allerdings die genauen Facetten aller Kriterien abzubilden, die das Leitbild des Bundesverbandes der Freien Berufe aufgreift. Insofern hat der EuGH in seiner Rechtsprechung, als Merkmal der Freiberuflichkeit, erstens die hohe Qualifikation, zweitens auch das Thema der Eigenverantwortlichkeit, also der persönlichen Leistungserbringung, und auch die besonderen Schutzmechanismen, wie Vertraulichkeit und die anderen Dinge, mit herausgearbeitet. Da haben wir eigentlich einen guten Anknüpfungspunkt. Gerade die Entscheidung zu den Architekten, die sich auf die Berufsankennungsrichtlinie bezog, hat auch nicht die nach den Schlussanträgen des Generalanwalts zu erwartende negative Entwicklung, dass das weiter aufgeweicht wird, mit sich gebracht. Insofern finden wir auch jetzt wieder in der Rechtsprechung des EuGH durchaus ein Spiegelbild dessen, was wir unter Freiberuflichkeit verstehen. Das BVerfG hat sich zumindest in Bezug auf das Steuerrecht auch nochmal dazu bekannt, dass die Privilegierung der Freien Berufe gegenüber den Gewerbetreibenden noch gerechtfertigt ist.

Thomas Hund, stellv. Hauptgeschäftsführer der Bundessteuerberaterkammer

Vorhin wurde gesagt, das Berufsrecht der Steuerberater sei immer ein wenig besser gewesen als das der Anwälte. Ich möchte hinzufügen, es war nicht nur ein wenig besser, es war immer auch ein wenig früher besser. Man kann weit zurückgehen. Im Jahre 1986 hat das BVerfG mit der berühmten *Bastille*-Entscheidung das Standesrecht der Anwälte mehr oder weniger zerschlagen. Hintergrund war, dass es in wesentlichen Teilen der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG nicht genügt hat. Das heißt, die wesentlichen Entscheidungen wurden von der Hauptversammlung der Anwälte getroffen, nicht vom Gesetzgeber. Die Situation bei den Steuerberatern war damals schon eine ganz andere gewesen. Die wesentlichen Entscheidungen, man denke an das Verbot der Werbung, man denke an die Sozietätsregelung, man denke an die Berufshaftpflichtversicherung, waren alle schon im StBerG enthalten. Das fehlte in der BRAO, das musste nachgeholt werden. Ein anderes Gebiet, auf dem die Anwälte nachziehen mussten, war die Überwindung des Rechtsberatungsgesetzes und seine Ersetzung durch das Rechts-

dienstleistungsgesetz. Worauf ich hinaus will, ist, dass wir im StBerG immer schon jene Abschichtung der Befugnisse hatten, die die Anwaltschaft dort nachholen musste. Das heißt, wir hatten also nicht nur eine Regelung, wer zur unbeschränkten Hilfeleistung in Steuersachen befugt ist, sondern wir hatten immer auch Regelungen, wer beschränkt Hilfeleistung erbringen durfte. Wir haben einen ganzen Katalog in § 4 StBerG mit ca. 22 Ausnahmetatbeständen. Das sind alles mehr oder weniger Professionen, die im Rahmen ihrer Berufsausübung zugreifen müssen auf partielle Steuerberatungskennnisse, die sie auch haben, und die sie in dem beschränkten Umfange auch ausüben dürfen. Das musste die Anwaltschaft nachholen im Rechtsdienstleistungsgesetz, weil es ihr von der Rechtsprechung aufgegeben wurde. Mit anderen Worten, wir hatten eine Regelung, die die Anwälte später bekommen haben, und müssen uns nun vom Generalanwalt im EuGH-Prozess vorhalten lassen, diese Regelung wäre nicht kohärent, weil sie widersprüchlich sei, weil wir sozusagen das hohe Gut der Steuerrechtspflege aufweichen durch beschränkte Beratungsbefugnisse. Da frage ich mich doch, in welcher Welt leben wir? Wenn das BVerfG den Anwälten aufgegeben hat, abzuschichten und sozusagen zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Hilfeleistungen auch durch andere Professionen ausgeübt werden, kann man uns das doch nicht um die Ohren schlagen. Das ist für mich ein Grundwiderspruch. Auf diese Weise könnte man nämlich mit Hilfe der Verhältnismäßigkeit, die uns zu Abschichtungen zwingt, uns gleichzeitig aufgeben oder vorwerfen, das wäre alles inkohärent. Das ist für mich unlogisch.

Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, Bucerius Law School, Hamburg

Zum Inkohärenzvorwurf des Generalanwalts will ich mich im Einzelnen nicht äußern. Mir scheint das nicht in allen Punkten schlüssig. Man wird sehen, was der EuGH dazu sagen wird. Er folgt bekanntlich den Generalanwälten durchaus nicht in allen Fällen und, wie mir scheint, auch weniger als früher. Das heißt nicht, dass ich keine Inkohärenzen im Recht der Steuerberatung sehen würde. Man muss z. B. über den Fall nachdenken, dass eine Steuerberatungsgesellschaft sich nach ausländischem Recht konstituiert, was Gesellschaften generell möglich ist, aber nach deutschem Recht ausgebildete Steuerberater beherbergt. Das heißt, dann ist sie ein ausländischer Steuerberater, über deren Anerkennung man durchaus nachdenken muss. Immerhin sind dann die Grundsätze der deutschen Steuerberatung kraft Personalbestands gewahrt. Also, wir haben viele Konstellationen, wo das Recht bisher unnötig restriktiv ist, wenn es darum geht, Personen möglicherweise

zuzulassen, die ihre Ausbildung im Ausland nach ganz anderen Grundsätzen als denjenigen genossen haben, die für deutsche Steuerberater gelten. Ich glaube, es gibt gute Gründe, hier Grenzen zu setzen, und wenn sich die im Rahmen des § 4 StBerG halten, glaube ich nicht, dass man dem deutschen Recht eine Inkonsistenz vorhalten kann. Der Fall im Übrigen, der vom BFH vorgelegt worden ist, ist schon aufgrund seiner Umstände ein sehr spezieller, der nicht alltäglich ist, was die Personen betrifft, um die es da geht. Deswegen wird man sehen müssen, ob der EuGH überhaupt eine Antwort gibt, aus der sich besonders viel Honig für die künftige Gestaltung des StBerG ziehen lässt.

Prof. Dr. Matthias Kilian, Universität zu Köln

Vielleicht noch eine Anmerkung zur Deckungsgleichheit der Berufsrechte der bislang sozietätsfähigen Berufe. Es wird aus meiner Sicht auch eine interessante Frage sein, was das BVerfG dazu sagen wird. Die bisherige Rechtfertigung, warum es eine interprofessionelle Berufsausübung zwischen Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und Rechtsanwälten gibt, war, dass die Berufsrechte so deckungsgleich sind. Denn wenn man da genau hinguckt, war das natürlich vor 30, 40 Jahren zutreffend, aber in vielen Details haben die Berufsrechte sich doch – und zwar mit zunehmender Dynamik – voneinander auch entfernt. Gerade wenn man auf die Wirtschaftsprüfer schaut, da hat es einige Änderungen gegeben, was auch noch ein bisschen damit zu tun hatte, dass unterschiedliche Ministerien dafür zuständig sind und man sich nicht mal so leicht gleichgeschaltet und mit den Überlegungen koordiniert hat. Und die Berufsorganisationen hatten dann vielleicht auch hier in einzelnen Punkten unterschiedliche Interessen. Möglicherweise kann dies auch ein gewisser Spaltpilz sein, den das BVerfG vielleicht dann auch aufgreifen und sagen wird, schon bei diesen drei Berufen ist es jetzt nicht mehr so, wie immer das Bild eigentlich gezeichnet wird, dass es in allen Details deckungsgleich ist und die Interprofessionalität rechtfertigt. Auch in dieser Entwicklung sehe ich ein gewisses Risiko, das man konstatieren muss.

Prof. Dr. Thomas Mann, Georg-August-Universität Göttingen

Gut, ich blicke jetzt in die Runde und möchte mir nicht auch den Vorwurf mangelnder Kohärenz zuziehen, wenn Ihnen einerseits für 17:15 Uhr ein Empfang versprochen wird, ich andererseits aber die Diskussion in die Länge ziehe. Das passt nicht zusammen. Ich bedanke mich in

Ihrem Namen bei dem Referenten des Impulsreferates und bei den Podiumsteilnehmern. Ich bedanke mich bei Ihnen für Ihr Interesse, für Ihr Kommen und für die Diskussionsbereitschaft und hoffe, dass wir Sie im nächsten Jahr wiedersehen werden, wenn dann wahrscheinlich – es steht noch nicht fest, aber es könnte sein – die Fortbildungspflicht unser Thema sein wird. Auch das ist ein Thema, das aus dem Bereich der Anwaltschaft kommt und dort möglicherweise zu Veränderungen führen wird. Dann wird die Frage sein: Inwieweit kann man so etwas einführen wie eine kontrollierte Fortbildungspflicht? Wollen wir das überhaupt? Vielen Dank für heute, auf Wiedersehen!

Herausgeber:



Deutsches wissenschaftliches
INSTITUT der Steuerberater e.V.

ISBN 978-3-933911-87-2