

Erosion des Rechts beruflicher Zusammenschlüsse?

Vorwort

Seit 2006 trifft sich unter dem Dach des DWS-Instituts regelmäßig ein „Wissenschaftlicher Arbeitskreis Berufsrecht“, der es sich zur Aufgabe gemacht hat, die nationale und internationale Entwicklung des Berufsrechts des Freien Berufs des Steuerberaters in der heutigen Rechts- und Wirtschaftsordnung zu untersuchen. Unter der Federführung dieses Arbeitskreises haben bereits mehrere Fachtagungen zu aktuellen Themen und Tendenzen des Berufsrechts stattgefunden (in 2014: „Stellung und Zukunft der Freien Berufe in Europa“), deren Ergebnisse in einzelnen Bänden der DWS-Schriftenreihe dokumentiert worden sind. Daneben diskutieren die Mitglieder des Arbeitskreises in regelmäßigen Treffen intensiver über ausgewählte Fragestellungen des Berufsrechts der Steuerberater.

Im Jahr 2014 standen berufsrechtliche Regelungen über eine multiprofessionale Zusammenarbeit Freier Berufe im Fokus des Arbeitskreises. Neben den durch Art. 15 Abs. 3 und Art. 25 der Dienstleistungsrichtlinie gesetzten Impulsen zur Deregulierung in diesem Rechtsfeld haben zuletzt zwei deutsche Judikate für Unruhe im Recht der multiprofessionalen Zusammenarbeit gesorgt. Das BVerfG hat mit Beschluss vom 14.1.2014 (1 BvR 2998/11 ua, DStRE 2014, 755) bestimmte Regelungen der BRAO über die Zusammenarbeit von Rechts- und Patentanwälten wegen Verstoßes gegen die Berufsfreiheit für verfassungswidrig erklärt und der BGH hat dem BVerfG eine konkrete Normenkontrolle vorgelegt (BGH v. 16.5.2013 – II ZB 7/11 DStR 2013, 1856), in der es um die Frage geht, ob das berufsrechtliche Verbot einer Sozietät von Rechtsanwälten mit Ärzten gegen Art. 12 GG verstößt. Die Mitglieder des Arbeitskreises analysieren die Entscheidung des BVerfG (*Singer*) und den Vorlagebeschluss des BGH (*Ring*) mit Blick auf ihre Bedeutung für das Berufsrecht der Steuerberater und gehen der Frage nach, ob unter dem Aspekt eines kohärenten Berufsrechts der Freien Berufe aus verfassungsrechtlicher (*Mann*) oder unionsrechtlicher Sicht (*Kämmerer*) nun auch eine Änderung des StBerG erforderlich ist.

Prof. Dr. Thomas Mann, Vorsitzender des Wissenschaftlichen Arbeitskreises Berufsrecht

Inhalt:

1. *Prof. Dr. Reinhard Singer*: Konsequenzen der Entscheidung des BVerfG vom 14.1.2014 für das Berufsrecht der Rechtsanwälte und Steuerberater 11*
2. *Prof. Dr. Gerhard Ring*: Konsequenzen des Vorlagebeschlusses des BGH vom 16.5.2013 für das Berufsrecht der Steuerberater 20*
3. *Prof. Dr. Thomas Mann*: Interprofessionelle Zusammenarbeit Freier Berufe im Lichte des verfassungsrechtlichen Kohärenzgebots 28*
4. *Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer*: Interprofessionelle Zusammenarbeit und europarechtliche Kohärenz 33*

Konsequenzen der Entscheidung des BVerfG vom 14.1.2014 für das Berufsrecht der Rechtsanwälte und Steuerberater

Von Prof. Dr. Reinhard Singer, Berlin*

In seinem Beschluss vom 14.1.2014¹ hat das BVerfG die Regelungen im Berufsrecht der Rechtsanwälte und Patentanwälte, die bei einer GmbH zum Zweck der gemeinsamen Berufsausübung bestimmte Anteils- und Mehrheitserfordernisse zugunsten der Angehörigen einer Berufsgruppe vorschreiben, für verfassungswidrig erklärt. Im Einzelnen handelt es sich um die Regelungen der §§ 59e Abs. 2 S. 1 BRAO und 52e Abs. 2 S. 1 PAO, wonach die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte Rechtsanwälten bzw. Patentanwälten zustehen müsse, das Erfordernis der §§ 59f Abs. 1 S. 1 BRAO und 52f Abs. 1 S. 1 PAO, dass die Gesellschaft von Rechtsanwälten bzw. Patentanwälten „verantwortlich geführt“ werden müsse, sowie die Bestimmung der §§ 59f Abs. 1 S. 2 BRAO, 52f Abs. 1 S. 2 PAO, dass die Geschäftsführer mehrheitlich Rechtsanwälte bzw. Patentanwälte sein müssen. Der Beschluss ist nicht nur deswegen von großer Bedeutung, weil wieder einmal das Verfassungsrecht dem anwaltlichen Berufsrecht Schranken setzt, sondern auch deshalb, weil der Beschluss über die zur Entscheidung stehenden Fälle hinaus Auswirkungen auf die Verfassungskonformität weiterer Bestimmungen in den Berufsordnungen der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe haben könnte. Vor einer vorschnellen Verallgemeinerung ist freilich zu warnen. Es kommt nicht von ungefähr, dass das Gericht obiter dicta vermieden und sich bewusst darauf beschränkt hat, die konkreten Bestimmungen der BRAO in ihrem konkreten Zusammentreffen mit entsprechenden Regelungen der PAO als verfassungswidrig zu qualifizieren.

1. Der Beschluss des BVerfG vom 14.1.2014: Berufsrecht der Rechts- und Patentanwälte verstößt gegen Art. 12 Abs. 1 GG

Nach Ansicht des BVerfG verletzen die angegriffenen Entscheidungen des Senats für Anwaltssachen² und des Senats für Patentanwaltssachen des BGH³ sowie die diesen zugrundeliegenden Regelungen die Berufsfreiheit der Beschwerdeführer, jeweils GmbH in Gründung. Diese Vorgesellschaften erfüllen die beschriebenen gesetzlichen Vorgaben zur Anteils- und Stimmrechtsmehrheit sowie zur Leitungsmacht und zur Geschäftsführermehrheit nicht. Für die Beratung und Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten (§ 3 Abs. 1 BRAO) benötigt die Patentanwalts-gesellschaft

die Zulassung sowohl als Patentanwalts-gesellschaft als auch als Rechtsanwalts-gesellschaft (§§ 3, 4 PAO). Da die jeweiligen – kumulativ anzuwendenden – Mehrheitserfordernisse nur erfüllt werden können, wenn ein Teil der Berufsträger über eine doppelte Qualifikation verfügt, ist den nicht hinreichend qualifizierten Rechtsanwälten und Patentanwälten eine praktisch bedeutsame Form der Berufsausübung verwehrt. Diesen Eingriff in die Berufsfreiheit hält das BVerfG unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht für gerechtfertigt. Zwar verfolge der Gesetzgeber mit den streitgegenständlichen Regelungen legitime Zwecke, doch seien die damit verbundenen Eingriffe nicht verhältnismäßig.

Bei den Beschränkungen der gesellschaftlichen Zusammenschlüsse handelt es sich um Regelungen der Berufsausübung. Diese sind zulässig, wenn sie legitimen Zielen dienen, auf gesetzlicher Grundlage beruhen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten.⁴ Im Ausgangspunkt hält das BVerfG die Mehrheitserfordernisse für ein legitimes Ziel, weil diese der Sicherung der beruflichen Unabhängigkeit dienen. Diese sollen sich keinen unzulässigen Einflussnahmen berufsfremder Geschäftsführer oder Gesellschafter unterwerfen müssen.⁵ In der Sicherung der Unabhängigkeit sieht das BVerfG eine unverzichtbare Voraussetzung dafür, dass Rechtsanwälte als Organe der Rechtspflege und berufene Berater und Vertreter der Rechtssuchenden durch ihre berufliche Tätigkeit zu einer funktionierenden Rechtspflege beitragen können.⁶ Entsprechendes gelte für Patentanwälte, deren Berufsbild ebenfalls durch ihre Stellung als unabhängige Organe der Rechtspflege sowie als unabhängige Berater und Vertreter ihrer Mandanten geprägt sei (§§ 1, 3 Abs. 1 PAO). Ferner verfolgten die Regelungen den Zweck sicherzustellen, dass nur Personen bei der Rechtsberatung und Vertretung tätig werden, die über die vorgeschriebene Zulassung als Rechts- oder Patentanwalt verfügen.⁷ Die Sicherung des maßgeblichen Einflusses der gesellschaftsprägenden Berufsgruppe soll ferner dazu beitragen, die Einhaltung der Regeln des Berufsrechts zu gewährleisten.

Ob die Bestimmungen geeignet sind, die Unabhängigkeit der Berufsträger zu sichern, lässt das BVerfG dahingestellt, weil die Eingriffe jedenfalls nicht erforderlich seien, um die legitimen Zwecke zu erreichen. Die Erreichung dieses Ziels sei bereits durch gesetzlich geregelte Berufspflichten der beteiligten Rechts- und Patentanwälte sichergestellt, die weni-

* Prof. Dr. Reinhard Singer ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits-, Anwalts-, Familienrecht und Rechtssoziologie und geschäftsführender Direktor des Instituts für Anwaltsrecht an der Humboldt Universität zu Berlin.

1 BVerfG v. 14.1.2014 – 1 BvR 2998/11, 1 BvR 236/12, DStRE 2014, 755 = DStR 2014, 669 (670 f.) mAnm *Kämmerer*; *Stürer* DVBl. 2014, 442; *H.-J. Mayer* FD-RVG 2014, 355425; s. ferner *Glindemann* AnwBl. 2014, 214; *Kleine-Cosack* AnwBl. 2014, 221.

2 BGH v. 10.10.2011 – AnwZ (BrfG) 1/10, DStR 2011, 2479 = NZG 2012, 141 mAnm *Ahrens*; *Römermann* EWiR 2012, 81.

3 Eine weitere Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen die Versagung der Zulassung als Patentanwalts-gesellschaft durch das Gutachten der Patentanwalts-kammer v. 20.7.2009 – IV/06/09 – und den Beschluss des BGH v. 14.12.2011 – PatAnwZ 1/10, BeckRS 2012, 01185.

4 Vgl. BVerfG (Fn. 1) Tz. 63, unter Bezugnahme auf BVerfG v. 22.5.1996 – 1 BvR 744/88, BVerfGE 94, 372 (389 f.) = NJW 1996, 3067; v. 13.12.2000 – 1BvR 335/97, BVerfGE 103, 1 (10) = NJW 2001, 353; v. 8.6.2010 – 1 BvR 2011, 2959/07, BVerfGE 126, 112 (139, 144) = BeckRS 2010, 50478; *Ruffert* in *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Stand 1.12.2014, Edition 23, Art. 12 Rn. 87 ff.

5 BR-Drs. 1002/97, 16 (21).

6 BVerfG (Fn. 1) Tz. 68.

7 BVerfG (Fn. 1) Tz. 72 ff.

ger stark in die Berufsfreiheit eingriffen, weil sie auf konkrete Verstöße im Einzelfall zielten. So sei es Rechtsanwältinnen und Patentanwältinnen untersagt, Bindungen einzugehen, durch die ihre berufliche Unabhängigkeit gefährdet werde. Da diese Verpflichtung auch die Gesellschaften selbst träfen, seien Gesellschaftsstrukturen verboten, die Gefahren für die vom Gesetz für beide Berufe vorausgesetzte Unabhängigkeit schaffen oder mit ihnen einhergehen. Dem Verfassungsgericht genügt also nicht die – latente oder potentielle – Gefahr, dass die jeweilige Berufsgruppe von anderen Gesellschaftern bei Abstimmungen und Beschlüssen überstimmt werden kann.⁸ Zudem sei die berufliche Unabhängigkeit der Berufsträger dadurch geschützt, dass das Gesetz Einflussnahmen der Gesellschafter auf die berufliche Tätigkeit des einzelnen Rechtsanwalts oder Patentanwalts untersage (§§ 59f Abs. 4 S. 2 BRAO, 52f Abs. 4 S. 2 PAO). Diesen Verboten widersprechende Weisungen seien nichtig und stellten außerdem sanktionsbewehrte Berufspflichten dar.⁹ Von maßgeblicher Bedeutung für die Bewertung des Gefährdungspotentials durch die interprofessionelle Zusammenarbeit ist des Weiteren, dass von der anderen Berufsgruppe „keine Übergriffe“ in die berufliche Unabhängigkeit zu befürchten seien, weil sich die Berufsträger beider Gruppen gleichermaßen mit rechtlicher Beratung und Vertretung befassen und ihnen die Bedeutung der Unabhängigkeit aus ihrem eigenen Berufsrecht bekannt sei. Berufsethos wie Berufsrecht der Rechtsanwältinnen und Patentanwältinnen würden in Bezug auf die Wahrung der beruflichen Unabhängigkeit weitgehend übereinstimmen. Schließlich vermag das Gericht nicht zu erkennen, wieso bei anderen Formen der interprofessionellen Zusammenarbeit in Gestalt der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder Partnerschaftsgesellschaft keine vergleichbaren Anforderungen an die Gesellschafter- und Geschäftsführerstruktur wie bei einer Berufsausübungsgesellschaft mit beschränkter Haftung bestünden.

Im Übrigen verweist das Gericht darauf, dass für die Berufsausübungsgesellschaft nur Organe und Vertreter handeln dürften, die über die einschlägige berufsrechtliche Zulassung verfügen. Um sicherzustellen, dass die Angehörigen der berufsfremden Berufsgruppe das Berufsrecht der jeweils anderen Berufsgruppe beachteten, bedürfe es nicht bestimmter Mehrheitsverhältnisse auf der Ebene der Geschäftsführung und -leitung. Genauso wirksam, wenn nicht effektiver, sei die direkte Bindung der berufsfremden Berufsträger an das für die Gesellschaft maßgebliche Berufsrecht.

2. Überzeugungskraft und Verallgemeinerungsfähigkeit der verfassungsrechtlichen Argumente

2.1 Berufspflichten und Weisungsverbote als genauso effektive, aber weniger belastende Maßnahmen?

Das Urteil des BVerfG hat im Ergebnis überwiegend Zustimmung gefunden.¹⁰ Das ist insofern nachvollziehbar,

als sich das Erfordernis einer Anteils- und Leitungsmehrheit als schwerwiegender Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit¹¹ darstellt, weil die Mehrheitserfordernisse im Ergebnis zur Folge haben, dass nur Personen mit doppelter Berufsqualifikation als Rechtsanwalt und Patentanwalt eine interprofessionelle Berufsausübungsgesellschaft bilden können (sog. „Mehrbänder“). Insofern kann man dem Gesetzgeber nicht den Vorwurf ersparen, dass er sinnvolle interprofessionelle Berufsausübungsgesellschaften in einer Weise erschwert hat, die man in der Tat als nicht „erforderlich“ charakterisieren kann. Bedenklich wäre jedoch, wenn man den tragenden Gründen des Beschlusses den allgemeinen Grundsatz entnehmen würde, dass der Gesetzgeber Gefährdungen der anwaltlichen Unabhängigkeit generell bereits dadurch wirksam bekämpfen könnte, dass er die Wahrung der Unabhängigkeit zur Berufspflicht macht und durch Weisungsverbote Fremdeinflüsse zu verhindern sucht. Wenn diese Instrumente stets ausreichen sollten, um die anwaltliche Unabhängigkeit effektiv zu schützen, wären nicht nur die bestehenden Vorgaben für die Anteils- und Stimmrechtsmehrheit sowie die verantwortliche Führung der Gesellschaft unverhältnismäßig, sondern auch andere berufsrechtliche Restriktionen wie die Beschränkung der interprofessionellen Zusammenschlüsse auf rechts- und wirtschaftsberatende Berufe und in letzter Konsequenz sogar die bestehenden Fremdbesitzverbote im Berufsrecht der Rechtsanwältinnen und Steuerberater.¹²

Jedenfalls das Fremdbesitzverbot wollen die Verfassungsrichter keinesfalls antasten. Sie berufen sich vielmehr im Gegenteil ausdrücklich auf das bestehende Verbot der Drittbeteiligung gemäß § 59e Abs. 3 BRAO, § 52e Abs. 3 PAO, um dem Einwand zu begegnen, dass die berufliche Unabhängigkeit bereits durch die kapitalgesellschaftliche Organisationsform in spezifischer Weise gefährdet sei.¹³ Wenn man das Argument, dass das Bestehen von Berufspflichten und Weisungsverbote genügen soll, um die berufliche Unabhängigkeit der Berufsträger zu schützen, isoliert betrachten und verallgemeinern würde, geriete freilich das Fremdbesitzverbot in Rechtfertigungsnot. Indem das BVerfG (mit Recht) am Fremdbesitzverbot festhält, folgt daraus zwangsläufig, dass alleine die Verpflichtung zur Wahrung der beruflichen Unabhängigkeit und die garantierte Freiheit von Weisungen nicht ausreichen, um die Unabhängigkeit effektiv zu schützen.

2.2 Geringes Gefährdungspotential bei Zusammenschlüssen von Rechts- und Patentanwältinnen

Das BVerfG hat denn auch nicht alleine auf die bestehenden Berufspflichten und Weisungsverbote abgestellt, sondern auch auf das geringe Gefährdungspotential, das von einem Zusammenschluss von Rechts- und Patentanwältinnen in Bezug auf die berufliche Unabhängigkeit der jeweiligen Be-

⁸ BVerfG (Fn. 1) Tz. 82.

⁹ BVerfG (Fn. 1) Tz. 83.

¹⁰ Kämmerer in Anm. zu BVerfG (Fn. 1); Glindemann AnwBl. 2014, 214; Kleine-Cosack AnwBl. 2014, 221; H.-J. Mayer FD-RVG 2014, 355425; kritisch aber Stür DVBl. 2014, 442.

¹¹ Vgl. BVerfG v. 15.3.1967, 1 BvR 575/62, BVerfGE 21, 227 (232, 233) = NJW 1967, 1315; BFH v. 26.3.1981, VII R 14/78, BFHE 133, 322 (327) = BeckRS 1981, 22005700.

¹² Entsprechende Konsequenzen fordert nachdrücklich Kleine-Cosack AnwBl. 2014, 221 (224).

¹³ BVerfG (Fn. 1) Tz. 86.

rufsträger ausgeht.¹⁴ Es hat hervorgehoben, dass sich das Berufsethos für Rechts- und Patentanwälte nicht unterscheidet und keine „Übergriffe“ in die berufliche Unabhängigkeit der jeweils anderen Berufsgruppe zu befürchten seien.¹⁵ Das Gericht bezieht sich dabei auf die im Tatbestand des Beschlusses erwähnten Stellungnahmen der Berufsorganisationen sowie der Bundesregierung.¹⁶ Nach Einschätzung der Bundesrechtsanwaltskammer ist das Gefährdungs- und Konfliktpotential durch sachfremde Einflüsse bei den Gesellschaften aus Rechts- und Patentanwälten wegen des weitgehend identischen Berufsrechts und der gleichrangigen beruflichen Stellung der Berufsträger gering. Und aus Sicht der Bundesregierung gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass infolge der Leitungsmacht einer Mehrheitsgruppe die Minderheit an einer ordnungsgemäßen Berufsausübung gehindert würde. Wenn man sich auf der anderen Seite vergegenwärtigt, dass es sich bei den Mehrheitserfordernissen der BRAO und PAO in ihrem Zusammenwirken um schwerwiegende Eingriffe handelt, die interprofessionelle Zusammenschlüsse nahezu verhindern, andererseits aber berücksichtigt, dass das Schutzgut der beruflichen Unabhängigkeit in der konkreten Konstellation so gut wie überhaupt nicht gefährdet ist, erscheint es nur folgerichtig, die Mehrheitserfordernisse der BRAO und PAO nicht mehr als verhältnismäßig einzustufen.

Wegen dieser besonderen Gemengelage aus geringer Schutzbedürftigkeit einerseits und gravierender Beschränkung der Berufsfreiheit andererseits ist gegenüber einer Verallgemeinerung des Beschlusses auf andere Konstellationen, in denen die anwaltliche Unabhängigkeit ebenfalls durch abstrakt typisierende Verbote und Beschränkungen geschützt werden soll, Vorsicht geboten, insbesondere wenn die Gefahr von Interessenkonflikten größer ist als bei der Verbindung von Rechts- und Patentanwälten. Deshalb ist das Urteil in Bezug auf die Frage, ob interprofessionelle Gesellschaften mit Vertretern nicht rechts-, steuer- oder wirtschaftsberatender Berufe aus verfassungsrechtlichen Gründen künftig zugelassen und die bestehenden Fremdbesitzverbote abgeschafft werden müssen, entgegen verbreiteter Ansicht¹⁷ keinesfalls präjudiziell.

Wenn das Gefährdungspotential höher ist, schwindet zwangsläufig die Überzeugungskraft des Arguments, dass mit bloßen Weisungsverböten einer Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit wirksam begegnet werden kann. Es erscheint jedenfalls alles andere als zwingend, aus dem Bestehen rechtlicher Bindungen für Berufsfremde den Schluss zu ziehen, dass damit die berufliche Unabhängigkeit der Rechtsanwälte *tatsächlich* ausreichend gewährleistet ist.

14 BVerfG (Fn. 1) Tz. 84; s. ferner Tz. 44 ff. (in DStRE 2014, 755 nicht abgedruckt).

15 BVerfG (Fn. 1) Tz. 84.

16 BVerfG (Fn. 1) Tz. 44 ff.

17 ZB von *Kleine-Cosack* AnwBl. 2014, 221 (225 f.); *Glindemann* AnwBl. 2014, 214 (220).

18 *Thomas Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl. 2012, 74 im Anschluss an *Eugen Ehrlich*s Begriff des lebenden Rechts (Grundlegung der Soziologie des Rechts, 409 ff.); s. ferner *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. 2, 2. Teil, 4. Aufl. 1883, § 38: „Was bloß in den Gesetzen, auf dem Papiere steht, ist ein bloßes Scheinrecht“.

Die Rechtssoziologie lehrt, dass man sich nicht mit dem Blick auf das Recht in den Gesetzbüchern – das *law in the books* – begnügen kann, sondern auch die Rechtswirklichkeit, das „lebende Recht“ („*law in action*“)¹⁸ und seine Effektivität in den Blick nehmen muss. Zu Recht hat die Generalanwältin *Juliane Kokott* in ihrem Schlussantrag vom 29.4.2010 im Verfahren *Akzo Nobel*¹⁹ darauf hingewiesen, dass alleine eine entsprechende Vertragsgestaltung, die den Syndikusanwalt ausdrücklich von den Weisungen seines Arbeitgebers freistelle, nicht geeignet sei, dem Syndikus eine Unabhängigkeit zu garantieren, die der eines externen Anwalts gleichkäme. „Denn Papier ist geduldig. Selbst wenn sich ... ein Unternehmen vertraglich verpflichtet, seinem Syndikusanwalt keine inhaltlichen Weisungen zu erteilen, lässt sich damit nicht sicherstellen, dass das Verhältnis zwischen dem Syndikusanwalt und seinem Arbeitgeber wirklich frei von Druck und Einflussnahmen direkter oder indirekter Art ist.“²⁰ Was hier in Bezug auf die Stellung des Syndikus ausgeführt ist, kann man ohne Abstriche auf die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts in anderen Konstellationen übertragen, in denen dieser den faktischen Einflüssen von Berufsfremden ausgesetzt ist. Die Berufszugehörigkeit der Gesellschafter ist leicht zu kontrollieren und daher sind Fremdbesitzverbote und Beschränkungen der sozietätsfähigen bzw. vereinbaren Berufe offensichtlich effektivere Schranken als die Implementierung von Berufspflichten und Weisungsverböten, da diese faktisch unterlaufen werden können.

2.3 Privilegierung der interprofessionellen Zusammenarbeit in Personengesellschaften als Verstoß gegen Art. 3 GG?

Das BVerfG hat es dahinstehen lassen, ob die berufsrechtlichen Restriktionen zugleich eine Verletzung des Gleichheitssatzes gemäß Art. 3 GG darstellen, weil es für die Bildung einer Sozietät oder einer Partnerschaftsgesellschaft keine vergleichbaren Restriktionen gibt.²¹ Im Urteil klingt ja bereits an, dass es keinen einleuchtenden Grund dafür gibt, eine interprofessionelle Zusammenarbeit in einer Rechtsanwaltsgesellschaft zu beschränken, sie aber in Form der BGB-Gesellschaft oder als Partnerschaftsgesellschaft zuzulassen, ohne entsprechende Anforderungen an die Anteils- und Stimmrechtsmehrheit sowie die Leitungsmacht und Geschäftsführermehrheit zu stellen.²² Zwar hat der Anwaltsenat des BGH diesen schon seit langem im Schrifttum er-

19 EuGH v. 29.4.2010, C-550/07 P, BeckRS 2010, 90528 Rn. 63 f.

20 Bedenklich daher der gegenwärtige Plan des BMJ, die Rentenversicherungsprobleme der Syndikusanwälte durch eine Änderung des Berufsrechts zu lösen und die anwaltliche Unabhängigkeit durch vertragliche Zusicherungen zu gewährleisten (vgl. http://www.bmjv.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2014/20150113_Syndikusanwaelte.html?nn=1468620); zur vorzugswürdigen Lösung im Sozialversicherungsrecht vgl. *Singer* BRAK-Mitteilungen 2014, 282 (290 f.).

21 BVerfG (Fn. 1) Tz. 95.

22 BVerfG (Fn. 1) Tz. 86; früher schon zB *Hensler* NJW 1999, 241 (245); *ders.* in *Hensler/Prütting*, BRAO, 4. Aufl. 2014, § 59e Rn. 24; *Pluskat* DStR 2004, 58; *dies.* AnwBl. 2004, 535; *Römermann* GmbHR 1997, 530 (534); v. *Wedel* in *Hartung, BORA/FAO*, 5. Aufl. 2012, BRAO § 59e Rn. 18, § 59f Rn. 4.

hoben Einwand der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung²³ zurückgewiesen, aber die Begründung hat im Schrifttum Widerspruch gefunden.²⁴

So ist insbesondere das Argument, dass bei der GmbH die Gesellschafter nicht persönlich haften und deshalb eine Beachtung der anwaltlichen Sorgfaltspflichten gegen berufsfremde Einflüsse durch Sicherung der anwaltlichen Leitungsmacht erreicht werden müsse, in der Tat nicht sehr überzeugend, weil der unterstellte Zusammenhang zwischen persönlicher Haftung und Einhaltung der Berufspflichten nicht nachgewiesen ist. Vor allem jedoch würde dieses Argument allenfalls eine Sonderstellung der BGB-Gesellschaft, nicht aber der Partnerschaftsgesellschaft rechtfertigen. Denn bei der Partnerschaftsgesellschaft haftet der nicht mit der Mandatsbearbeitung befasste Rechtsanwalt für berufliche Fehler seines Partners ebenfalls nicht, doch kommt es hier nicht darauf an, ob die in der Gesellschaft tätigen Rechtsanwälte über die Leitungsmacht verfügen. Nach der Schaffung der Organisationsform der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung (PartG mbB)²⁵ mit Wirkung zum 19.7.2013 ist dieses Argument erst recht obsolet, da hier überhaupt keine persönliche Haftung mehr besteht, andererseits aber die anwaltliche Leitungsmacht nicht gesichert sein muss.

Auf der anderen Seite hängt die Frage, ob ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorliegt, nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG wesentlich von dem Gewicht des Verstoßes ab.²⁶ Die Kontrolldichte steigt je nach Schwere der Ungleichbehandlung von einer bloßen Willkürkontrolle bis zur strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse.²⁷ Da der allgemeine Gleichheitssatz in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung.²⁸ Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind dabei umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.²⁹ Umgekehrt folgt daraus, dass bei weniger gravierenden Eingriffen jede sachliche Rechtfertigung genügt.³⁰ Es war daher sinnvoll, dass das BVerfG zuerst einmal geprüft hat, welche Dimension der Eingriff in die Berufsfreiheit hat. Da das Gericht im Ergebnis einen Verfassungsverstoß festgestellt hat, war eine Prüfung des Art. 3 GG in praktischer Hinsicht entbehrlich.

23 Vgl. *Leisner* NJW 2014, 2340 f.

24 *Glindemann* AnwBl. 2014, 214 (218); *Römermann* GmbHHR 2012, 64 (66).

25 Vgl. dazu *Hensler* AnwBl. 2014, 96 ff.

26 BVerfG v. 12.10.2011 – 2 BvR 236/08 ua, NJW 2012, 833 (841 f.).

27 BVerfG v. 26.1.1992 – 1 BvL 38/92 ua, BVerfGE 88, 87 (96); *Kischel* in *Epping/Hillgruber, BeckOK GG*, Stand 1.12.2014, Edition 23, Art. 3 Rn. 26.

28 BVerfG v. 7.10.1980 – 1 BvL 50/79, 89/79 und 240/79, BVerfGE 55, 72 (88); v. 8.4.1997 – 1 BvR 48/94, BVerfGE 95, 267 (316); BVerfG (Fn. 26) (841).

29 BVerfG v. 16.3.1982 – 1 BvR 938/81, BVerfGE 60, 123 (134); v. 30.7.2008, 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08, BVerfGE 121, 317 (370) = NJW 2008, 2409; BVerfG (Fn. 26) (841 f.).

30 BVerfG (Fn. 27) (96); *Kischel* (Fn. 27).

Praktische Bedeutung könnte die Prüfung von Art. 3 Abs. 1 GG bei solchen Regelungen erlangen, die dem Prüfungsmaßstab des Art. 12 GG standhalten, was insbesondere dann in Betracht kommt, wenn sich die berufsrechtlichen Anforderungen nicht als unverhältnismäßig herausstellen. In solchen Fällen dürfte ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung nur schwer zu begründen sein, da der Gesetzgeber bei geringfügigen Eingriffen größere Gestaltungsspielräume in Anspruch nehmen darf. Bei der im Vergleich zur beruflichen Zusammenarbeit in Sozietäten und Partnerschaften strengeren Reglementierung kapitalgesellschaftlicher Zusammenschlüsse handelt es sich ohnehin nicht um eine unterschiedliche Behandlung verschiedener Personengruppen, an deren Rechtfertigung die Rechtsprechung strenge Anforderungen stellt³¹, sondern um eine sachverhaltsbezogene unterschiedliche Behandlung verschiedener Formen der Berufsausübung.³² Es geht also nur um die Kohärenz unterschiedlicher Regelungen, bei der man dem Gesetzgeber eine gewisse Gestaltungsfreiheit einräumen muss.³³ Dabei dürfte die Einschätzung genügen, dass bei einer Beteiligung von Berufsfremden in einer Kapitalgesellschaft größere Gefahren für die Unabhängigkeit bestehen als etwa in Personengesellschaften, die ihrem Wesen nach stärker auf persönliche, vertrauensvolle Zusammenarbeit ausgerichtet sind. Hinzu kommt, dass die Inkohärenz nicht nur dadurch beseitigt werden kann, dass man die Beschränkungen bei Kapitalgesellschaften beseitigt, sondern auch dadurch, dass man sie auf Personengesellschaften und die Partnerschaftsgesellschaft mbB ausdehnt. Die Verletzung des Kohärenzgebots ist in Bezug auf die Richtung der Gleichbehandlung indifferent. Entscheidend ist somit, ob man das Mehrheitserfordernis – gemessen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs – legitimieren kann oder nicht. Bei weniger gravierenden Eingriffen folgt dann aus der Verneinung eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Berufsfreiheit zugleich, dass auch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG nur bei einer willkürlichen Ungleichbehandlung in Betracht kommt. Davon kann bei Differenzierungen zwischen Kapital- und Personengesellschaften keine Rede sein.

3. Konsequenzen des Beschlusses des BVerfG für das Berufsrecht der Rechtsanwälte

3.1 Verfassungswidrigkeit der Mehrheitserfordernisse auch in Bezug auf Zusammenschlüsse mit Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern

Eine naheliegende, vom BVerfG nicht ausdrücklich gezeigte Konsequenz aus dem Beschluss vom 14.1.2014 besteht darin, dass die §§ 59e Abs. 2 S. 1, 59f Abs. 1 S. 1 und 59f Abs. 1 S. 2 BRAO ebenfalls nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, soweit Berufsausübungs-

31 BVerfG, 1 BvR 3262/07 ua (Fn. 29) (2417 f.); (Fn. 26) (841 f.); vgl. auch den Beitrag von *Mann* (in diesem Beihefter auf S. 28).

32 Zu dieser Unterscheidung BVerfG v. 17.10.1990 – 1 BvR 283/85, NJW 1991, 555 (557); v. 7.10.1980 – 1 BvL 50,89/79, 1 BvR 240/79, NJW 1981, 271 (272); *Kischel* (Fn. 27), Art. 3 Rn. 31.

33 Vgl. *Kämmerer* (in diesem Beihefter auf S. 33) und *Mann* (in diesem Beihefter auf S. 28).

gesellschaften mit Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern nicht den geforderten Mehrheitsverhältnissen zugunsten der Rechtsanwälte entsprechen. Was in Bezug auf Patentanwälte ausgeführt worden ist, dürfte auch für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer gelten. Auch Steuerberater und Wirtschaftsprüfer haben ihren Beruf gemäß § 57 Abs. 1 StBerG und § 43 Abs. 1 WPO „unabhängig, gewissenhaft, verschwiegen und eigenverantwortlich auszuüben“. § 2 Abs. 1 und 2 der BOSTB verlangt, dass Steuerberater ihre persönliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit gegenüber jedermann zu wahren haben. Sie dürfen keine Bindungen eingehen, die ihre berufliche Entscheidungsfreiheit gefährden können. Nach § 44 Abs. 1 WPO liegt keine eigenverantwortliche Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers vor, wenn sich dieser an Weisungen halten muss, die seiner Überzeugung nicht entsprechen. Insofern liegt es nahe, die Mehrheitserfordernisse in den jeweiligen Berufsordnungen auch in Bezug auf solche Gesellschaften für verfassungswidrig zu halten, in denen sich Rechtsanwälte mit Steuerberatern und/oder Wirtschaftsprüfern verbinden.

Im Schrifttum wird deshalb kritisiert, dass das BVerfG einen „verengten Prüfungsmaßstab“ angelegt hat, indem es sich auf die verfassungsrechtliche Würdigung für eine Patent- und Rechtsanwalts-GmbH beschränkt habe. Aber weder waren der gesellschaftliche Zusammenschluss von Rechtsanwälten mit Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern, noch die Auswirkungen auf das Berufsrecht der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer Gegenstand der Verfassungsbeschwerde, so dass es gutem *judicial self restraint* entsprach, dass sich das BVerfG auf die verfassungsrechtliche Würdigung der entscheidungserheblichen Konstellation beschränkte. Es liegt zwar nahe, dass nicht nur die Mehrheitserfordernisse für Rechtsanwaltsgesellschaften, sondern auch die für Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften reformiert werden müssen³⁴, aber die Auswirkungen auf andere Berufsgruppen bedürfen zumindest näherer Betrachtung, da bei Steuerberatungsgesellschaften – im Unterschied zu Wirtschaftsprüfungsgesellschaften – gerade keine spiegelbildlichen Mehrheitserfordernisse bestehen, sondern jedenfalls nach §§ 50 Abs. 4, 50a Abs. 1 Nr. 5 StBerG lediglich ein Übergewicht berufsfremder Berufsträger verhindert werden soll.³⁵

3.2 Ausdehnung auf Berufsausübungsgesellschaften mit Gesellschaftern nicht sozietätsfähiger Berufe

Im Schrifttum wird darüber hinaus in dem Beschluss vom 14.1.2014 ein klares Signal für die demnächst anstehende Entscheidung des BVerfG zur Zulässigkeit einer interprofessionellen „Partnerschaft für das Recht des Arztes und Apothekers“ gesehen. Der II. Senat des BGH hat dem BVerfG in dem Beschluss vom 16.5.2013³⁶ die Frage vorgelegt, ob die Beschränkung der interprofessionellen Zusammenarbeit von Rechtsanwälten gemäß § 59a BRAO auf

rechts-, wirtschafts- und steuerberatende Berufe mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar ist und seinen bejahenden Standpunkt ganz ähnlich begründet wie nun das BVerfG im Beschluss vom 14.1.2014 die (partielle) Verfassungswidrigkeit der §§ 59e Abs. 2 S. 1, 59f Abs. 1 S. 1 und 59f Abs. 1 S. 2 BRAO. Auch hier hat der BGH konzidiert, dass das Verbot der Verbindung von Rechtsanwälten mit Ärzten und Apothekern anerkannten Gemeinwohlzwecken diene, da es im Interesse der Rechtssuchenden dazu dienen solle, die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und den besonderen Schutz zu gewährleisten. Das Verbot sei jedoch zur Verfolgung des legitimen Gemeinwohlziels nicht erforderlich, um die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts zu sichern, da einer Anteilsmehrheit nichtanwaltlicher Partner bzw. einer berufsfremden Leitungsmacht bereits mit den §§ 59d und 59e BRAO begegnet werde. Wenn man freilich – wie nun der Beschluss vom 14.1.2014 gebietet – das Mehrheitserfordernis für Rechtsanwälte aufgibt, fällt dieses Argument in sich zusammen. Es bleibt dann nur die Erwägung, dass in Anwaltsgesellschaften mit Ärzten und Apothekern nach Ansicht des BGH keine größere Gefahr für die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts drohe als in Sozietäten mit Partnern, die den Beruf des Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers ausüben.

Immerhin entspricht die Erweiterung des Kreises der sozietätsfähigen Berufe einer verbreiteten Ansicht im Schrifttum.³⁷ Auch die Bundesrechtsanwaltskammer konnte sich in einer Stellungnahme aus dem Jahre 2004 – *de lege ferenda* – durchaus eine Erweiterung der Sozietätsfähigkeit auf solche Berufe vorstellen, die den gleichen Pflichten unterliegen und die gleichen Privilegien genießen wie Rechtsanwälte, beispielsweise auf Ärzte und psychologische Psychotherapeuten.³⁸ Es gibt aber auch gewichtige Stimmen, die das Gesetz verteidigen und eine Erweiterung des Kreises der vereinbaren Berufe ablehnen.³⁹ Wie schon an anderer Stelle dargelegt⁴⁰, gibt es ernst zu nehmende Bedenken gegen eine solche Erweiterung. Will man den Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit⁴¹ nicht völlig aufgeben, ist es notwendig, den Einfluss Berufsfremder zu beschränken – und ein wirksames und erforderliches Instrument bildet die

37 Vgl. *Kleine-Cosack*, BRAO, 6. Aufl., § 59a Rn. 10 ff.; *ders.* DB 2007, 1851; *ders.* AnwBl. 2007, 737; *ders.* AnwBl. 2013, 570 ff.; *M. Hartung/Wendenburg* NJW 2009, 1551 (1553 ff.); *Hellwig* AnwBl. 2011, 77 (79 f.); *Kilian/Glindemann* BRAK-Mitteilungen 2011, 303; *Quodbach*, Grenzen der interprofessionellen Zusammenarbeit für Rechtsanwälte 2002, 120 ff.; *Gotzens*, die interprofessionelle Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit Angehörigen anderer freier Berufe, 1998, 171 f.; *de lege ferenda* auch *Henssler* AnwBl. 2007, 553 (558 f.); *Krenzler* BRAK-Mitteilungen 2010, 234 (237).

38 Stellungnahme BRAK Nr. 37/2004, C II. 7., 36; anders jetzt die Stellungnahme der BRAK Nr. 16/2014 vom April 2014 (auf der Grundlage eines Papiers des Verfassungsrechtsausschusses) zum Vorlagebeschluss des BGH (Fn. 36), zusammenfassend S. 28: <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2014/mai/stellungnahme-der-brak-2014-16.pdf>.

39 Außer der BRAK (Fn. 38) vgl. *von Wedel* (Fn. 22), vor § 59a Rn. 15 ff., § 59a Rn. 7; *Hartung* in *Henssler/Prütting*, BRAO, 4. Aufl. 2014, § 59a Rn. 130 f.

40 *Singer* in Anm. zu BGH (Fn. 36).

41 Zur Notwendigkeit dieses Schutzes vgl. näher *Singer*, FS Herrmann, 2011, 238 ff.

34 *Kleine-Cosack* AnwBl. 2014, 221 (224); *Glindemann* AnwBl. 2014, 214 (219).

35 Vgl. näher unten im Text unter 4.

36 BGH v. 16.5.2013 – II ZB 7/11, DStRE 2013, 1521 = DStR 2013, 1856 mAnm *Singer*.

Beschränkung der vereinbaren Berufe. Zwar besteht auch bei der Zulassung einer Berufsausübungsgesellschaft von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern die Gefahr, dass die berufliche Unabhängigkeit des Rechtsanwalts beeinträchtigt wird, aber diese Gefährdung hat ein anderes Gewicht als bei einer Kooperation mit Berufsträgern, die nicht zum Kreise der wirtschaftsberatenden Berufe gehören.⁴² Für atypische Berufskombinationen besteht nicht nur ein geringeres praktisches Bedürfnis, sondern auch eine erhöhte Gefahr, dass berufsfremde, rein ökonomische Interessen auf die Berufsausübung Einfluss gewinnen. Dies gilt umso mehr, wenn künftig keine Mehrheitserfordernisse mehr gelten und Rechtsanwälte in der Minderheit sein können. Die Nähe zum – verbotenen – Fremdbesitz drängt sich förmlich auf.

Mit der differenzierten Behandlung der Zusammenschlüsse von Rechtsanwälten mit wirtschaftsberatenden und nicht-wirtschaftsberatenden Berufsträgern stellen sich zwar heikle Abgrenzungs- und Kohärenzprobleme.⁴³ Aber diese müssen im Interesse der Rechtssuchenden bewältigt werden, auch wenn sie zu abstrakt-generellen Typisierungen in Bezug auf Gewicht und Tragweite der Gefährdungslagen zwingen. Angesichts der unbestreitbaren Kohärenzprobleme wird der Ruf nach einer Verabschiedung der anwaltlichen Unabhängigkeit als Schutzgut verständlich⁴⁴, schießt aber über das Ziel hinaus, weil mit der Preisgabe des Leitbilds eine essentielle Voraussetzung der anwaltlichen Berufsausübung verloren ginge – eine Voraussetzung, die nach dem Willen des Gesetzgebers in allen Berufsordnungen der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe höchsten Rang einnimmt. Will man die Beseitigung dieser Essentiale im Interesse der Rechtssuchenden und ihres Vertrauens in die Rechtspflege nicht akzeptieren, bleibt nichts anderes übrig, als dem Gesetzgeber einen größeren Spielraum⁴⁵ dabei einzuräumen, wie er die Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit bekämpft. Insofern erscheint es legitim, wenn der Gesetzgeber bei der wirtschaftlich-rechtlichen Beratung dem ungleich größeren Bedarf für eine disziplinübergreifende Beratung Rechnung tragen und den historisch gewachsenen, vom rechtssuchenden Publikum besonders nachgefragten interprofessionellen Beratungsbedürfnissen auf rechtlich-wirtschaftlichem Gebiet größeres Gewicht einräumen darf als einer juristisch-ärztlichen Beratungsmöglichkeit auf dem Gebiet der Heilfürsorge, die kaum oder doch jedenfalls geringere wirtschaftlich-praktische Bedeutung besitzt. Dabei durfte der Gesetzgeber auch berücksichtigen, dass der Arzt oder Apotheker, der in einer Rechtsanwaltsgesellschaft tätig wird, eine Tätigkeit ausüben will, die nicht zu dem genuinen Berufsbild dieser Berufe gehört. Ohnehin ist dem Arzt, der mit anderen Berufen zusammenarbeiten will, nach den einschlä-

gigen Bestimmungen des ärztlichen Berufsrechts⁴⁶ die Ausübung der Heilkunde am Menschen nicht gestattet, so dass zweifelhaft ist, ob in diesem Kontext die ärztlichen Privilegien wie zB die Schweigepflicht gelten.⁴⁷ Damit würde ein wesentliches Argument für die Unschädlichkeit einer gesellschaftlichen Verbindung von Arzt und Rechtsanwalt entfallen.

Man darf zwar nicht die Augen davor verschließen, dass ein erheblicher Teil des Schrifttums für eine Erweiterung des sozietätsfähigen Personenkreises auf alle freien Berufe plädiert. Jede Lockerung des berufsrechtlichen Regimes trägt aber in sich den Keim einer weiteren Ausdehnung und Lockerung. Die sprichwörtliche Treibsandgefahr dieser Methode liegt förmlich auf der Hand und sollte zur Zurückhaltung mahnen. Sollte sich jedoch das BVerfG dem II. Senat des BGH anschließen und es als ausreichend ansehen, dass die berufliche Unabhängigkeit des Rechtsanwalts bereits durch die gesetzlich verankerten Berufspflichten und die zugesicherte Weisungsfreiheit der Berufsausübung ausreichend geschützt sei, müssten sich Rechtsanwaltsgesellschaften dann – wie Sozietäten – für Angehörige der nicht rechts-, steuer- und wirtschaftsberatenden Berufe öffnen. Der Gesetzgeber wäre deshalb gut beraten, bei einer verfassungsrechtlich erzwungenen Zulassung nicht rechts-, steuer- und wirtschaftsberatender Berufe zu interprofessionellen Zusammenschlüssen weiterhin sicherzustellen, dass die einschlägige Rechtsberatung ausschließlich durch Berufsträger erfolgt (§§ 59e Abs. 1 S. 1 iVm § 59a Abs. 1 S. 1 und Abs. 2; § 59l S. 1 und 3 BRAO). Man sollte ferner die Forderung aufrechterhalten, dass jedenfalls die rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe über eine Anteilsmehrheit und Leitungsmacht verfügen müssen, weil das Gefährdungspotential durch den Einfluss von Berufsfremden umso größer ist, je mehr sich die Berufstätigkeit von der Rechts- und Wirtschaftsberatung entfernt und der reinen Kapitalbeteiligung nähert.

3.3 Berufsträgervorbehalt

Der eben angesprochene Berufsträgervorbehalt gemäß § 59l S. 1 und 3 BRAO gehört denn auch zu den zentralen Sicherungen, die das BVerfG im Beschluss vom 14.1.2014 als zulässiges Instrument der Qualitätssicherung bei interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaften angesehen hat. Dadurch sei „sichergestellt, dass auch in interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaften, also bei Beteiligung verschiedener sozietätsfähiger Berufe (§ 59e Abs. 1 S. 1 iVm § 59a Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BRAO; § 52e Abs. 1 S. 1 iVm § 52a Abs. 2 PAO), sämtliche rechtsbesorgende Dienstleistungen stets nur von Berufsträgern erbracht werden dürfen, die in ihrer Person die gesetzlichen Voraussetzungen für diese Tätigkeit erfüllen“⁴⁸. Gerade wegen dieser Sicherung der Qualifikationsanforderungen hat das BVerfG strengere Bestimmungen „zur Sicherung von Einfluss und Entscheidungsmacht der gesellschaftsprägenden Berufs-

42 AA Ring (in diesem Beihefter auf S. 20 [24]) sowie Ring/Vogel MedR 2014, 876.

43 Zur Notwendigkeit kohärenter Normsetzung eingehend die Thesepapiere von Kämmerer und Mann (in diesem Beihefter auf S. 33 und S. 28).

44 Dafür Kleine-Cosack (Fn. 37).

45 Zum Spielraum des Gesetzgebers unter dem Aspekt des Kohärenzgebots vgl. die Thesepapiere von Mann und Kämmerer (in diesem Beihefter auf S. 28 und 33).

46 Vgl. zB § 23b der Berufsordnung für Ärzte Bayerns (BO-Ä).

47 Vgl. die Stellungnahme der BRAK Nr. 16/2014 (Fn. 38), 11 ff. zum Vorlagebeschluss des BGH v. 16.5.2013 (Fn. 36).

48 BVerfG (Fn. 1) Tz. 90.

gruppe innerhalb der Gesellschaft“ für entbehrlich angesehen.⁴⁹

3.4 Zulassung ausschließlich berufsfremder Gesellschafter?

Mit dem Berufsträgervorbehalt verwandt ist die Forderung, dass wenigstens ein Gesellschafter oder Geschäftsführer dem namensgebenden Beruf angehören müsse.⁵⁰ Da bereits der Berufsträgervorbehalt sicherstellt, dass die Rechtsberatung von qualifizierten Personen geleistet wird, scheint es unter dem Gesichtspunkt der Qualitätssicherung auf den ersten Blick nicht geboten, eine solche Forderung aufzustellen.⁵¹ Da die angestellten Anwälte von Gesetzes wegen nicht durch Weisungen oder vertragliche Bindungen in ihrer Unabhängigkeit beeinträchtigt sein dürfen (§ 59f Abs. 4 S. 2 BRAO), läge es womöglich in der Konsequenz des Beschlusses vom 14.1.2014, diese zusätzliche Sicherung aufzugeben. Auf der anderen Seite liegt jedoch auf der Hand, dass die Gefahr einer faktischen Beeinträchtigung der Unabhängigkeit in solchen Gesellschaften, die nur von berufsfremden Berufsträgern gebildet werden, besonders groß ist. Es ist kaum anzunehmen, dass das BVerfG auch in solchen Konstellationen den faktischen Einflussmöglichkeiten Berufsfremder ähnlich geringe Bedeutung beimessen würde wie bei der gesellschaftsrechtlichen Verbindung von Rechts- und Patentanwälten.

Aus der Verfassungswidrigkeit der Mehrheitserfordernisse lässt sich nicht der Schluss ziehen, dass auch das Gebot aktiver Berufsausübung gemäß § 59e Abs. 1 S. 2 BRAO⁵² verfassungswidrig sein könnte. Im Gegensatz zu den Mehrheitserfordernissen, die eine nur schwer – nämlich durch Mehrbänder – zu überwindende Berufsausübungsschranke aufstellen, stellt das Erfordernis einer Beteiligung wenigstens eines aktiven Rechtsanwalts eine leicht zu erfüllende Berufsausübungsregelung dar. Die Berechtigung dieser Minimalforderung folgt nicht nur aus der Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit durch berufsfremde Gesellschafter, sondern auch aus der Gefahr einer Irreführung des Publikums. Bei einer Beratung durch eine Rechtsanwalts-gesellschaft wird zwar nicht unbedingt erwartet, dass die Rechtsanwälte bei einer Verbindung mit Patentanwälten die Mehrheit haben müssen⁵³, aber wohl doch, dass überhaupt ein Rechtsanwalt Gesellschafter ist und – im Rahmen seiner aktiven Berufstätigkeit – auf die Einhaltung der berufsrechtlichen Bestimmungen achtet.

Infolge des Wegfalls des Mehrheitserfordernisses ergibt sich darüber hinaus zwangsläufig, dass dem Betrieb einer Rechtsanwalts-gesellschaft durch Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfergesellschaften keine Hindernisse mehr im Wege

stehen, wenn nur – wie eben dargelegt – wenigstens ein Gesellschafter Rechtsanwalt ist.⁵⁴

3.5 Bindung berufsfremder Gesellschafter an das für die Gesellschaft maßgebende Berufsrecht

Zu den unabdingbaren Voraussetzungen für die Ablösung der Mehrheitserfordernisse bei den Anteilen und der Leitung der Gesellschaft gehört nach Auffassung des BVerfG jedenfalls eine Bindung der berufsfremden Gesellschafter an das für die Gesellschaft maßgebende Berufsrecht. Dafür spricht in der Tat das Bestehen entsprechender Bindungen im Recht der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer (§ 72 Abs. 1 StBerG; § 56 Abs. 1 WPO).

3.6 Fremdbesitzverbot

Als eine angeblich naheliegende Konsequenz aus dem Beschluss des BVerfG vom 14.1.2014 wird ferner die Aufgabe des Fremdbesitzverbotes erachtet.⁵⁵ Das ist schon deshalb nicht überzeugend, weil das BVerfG im Gegenteil ausdrücklich hervorgehoben hat, dass die anwaltliche Unabhängigkeit durch eine Reihe von Vorschriften gesichert wird, zu denen das Gebot aktiver Berufsausübung (§ 59e Abs. 1 S. 2 BRAO) und das Verbot der Drittbeteiligung (§ 59e Abs. 3 BRAO) gehört.⁵⁶ Es entspricht zwar einer verbreiteten Forderung, die Kapitalbindungsvorschriften zu lockern. Der vorliegende Beschluss macht sich diese jedoch nicht zu Eigen. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass jeder weitere Schritt zur Deregulierung des Berufsrechts die Verteidigung von Freiheitsbeschränkungen – vor allem unter Kohärenzgesichtspunkten – erschwert. Nach Ansicht des Autors sprechen weiterhin die besseren Gründe dafür, am Fremdbesitzverbot festzuhalten.⁵⁷

3.7 Weitere Lockerungen des Berufsrechts

Für *Kleine-Cosack* bietet das Urteil eine willkommene Bestätigung für die seit langem in zahlreichen Publikationen vertretene Ansicht, dass eine Reihe weiterer wesentlicher Beschränkungen der Berufsfreiheit im anwaltlichen Berufsrecht verfassungswidrig seien.⁵⁸ Dazu gehören neben der Forderung, die §§ 59c ff. BRAO komplett zu streichen und das Fremdbesitzverbot abzuschaffen, die Zulassung der GmbH & Co. KG⁵⁹, die Anerkennung der Tätigkeit von Syndici in Steuer- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften als „Rechtsanwälte“ sowie die Beseitigung der Schranken für zweitberufliche Betätigungen und für die Werbung. Aus dem Beschluss vom 14.1.2014 lassen sich hierfür keine neuen Argumente gewinnen, da sich das Gericht mit diesen Fragen nicht befasst hat. Das Zu-Ende-

49 BVerfG (Fn. 1) Tz. 91.

50 Dafür *Kämmerer* in Anm. zu BVerfG (Fn. 1) (670 f.); für die Zulässigkeit entsprechender Beschränkungen Europ. Kommission, SWD (2013) 402 final, 11 f.; dagegen *Glinde-mann* AnwBl. 2014, 214 (220) mit Fn. 74.

51 So *Glinde-mann* AnwBl. 2014, 214.

52 Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit des Gebots aktiver Berufsausübung vgl. neben dem stillschweigenden Votum des BVerfG (Fn. 1) Tz. 86; *Bormann* in Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 2010, BRAO, § 59e Rn. 13.

53 So BVerfG (Fn. 1) Tz. 78.

54 *Kleine-Cosack* AnwBl. 2014, 221 (225 f.).

55 *Kleine-Cosack* AnwBl. 2014, 221 (225); *Glinde-mann* AnwBl. 2014, 214 (220).

56 BVerfG (Fn. 1) Tz. 86.

57 Einzelheiten *Singer* AnwBl. 2010, 79; *ders.* DStR 2010, 78.

58 AnwBl. 2014, 225.

59 Ablehnend BGH v. 18.7.2011 – AnwZ (Brgf) 18/10, NJW 2011, 3036; BVerfG v. 6.12.2011 – 1 BvR 2280/11, NJW 2012, 993 (994); *Henssler* NZG 2011, 1121; vgl. aber die verfassungsrechtlichen Bedenken *Henssler* (Fn. 22), § 59c Rn. 51; *Römermann* AnwBl. 2011, 750.

Denken der vom BVerfG herangezogenen Begründungsansätze führt freilich eindringlich vor Augen, dass der Beschluss viel Treibsand erzeugt und es dem Gesetzgeber künftig noch schwerer fallen wird, an abstrakt-typisierenden Berufsrechtsschranken zur Sicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit festzuhalten.

4. Konsequenzen des Beschlusses des BVerfG für das Berufsrecht der Steuerberater

Anders als das Berufsrecht der Wirtschaftsprüfer, das die gleichen Mehrheitserfordernisse aufstellt wie die BRAO (§ 28 Abs. 4 Nr. 3 WPO), unterscheiden sich die gesetzlichen Mehrheitserfordernisse bei Steuerberatungsgesellschaften in Bezug auf Stimmrechte und Leitungsmacht von denen der BRAO. § 50 Abs. 2 StBerG erlaubt auch Rechtsanwälten, niedergelassenen europäischen Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, vereidigten Buchprüfern und Steuerbevollmächtigten, dass diese neben Steuerberatern Mitglieder des Vorstands, Geschäftsführer oder persönlich haftende Gesellschafter von Steuerberatungsgesellschaften sein dürfen. Entsprechendes gilt nach Abs. 3 der Vorschrift für besonders befähigte Personen mit einer anderen Ausbildung als in der in § 36 StBerG genannten Fachrichtung, also vor allem keinem wirtschafts- oder rechtswissenschaftlichen Hochschulstudium. § 50 Abs. 4 StBerG verlangt lediglich, dass die Zahl der Nicht-Steuerberater die der Steuerberater nicht übersteigen darf. Da es in der SteuerberatungsgmbH keine persönlich haftenden Gesellschafter gibt, stellt die Vorschrift lediglich Anforderungen an die Leitungsmacht der Gesellschaft und steht insoweit im Zusammenhang mit dem Gebot der verantwortlichen Führung gemäß § 32 Abs. 3 S. 2 StBerG. Weitere Anforderungen an die Mitglieder der Gesellschaft stellt § 50a Abs. 1 Nr. 1 und 5 StBerG.

4.1 Geringe Eingriffsintensität von § 50a Abs. 1 Nr. 5 StBerG?

§ 50a Abs. 1 Nr. 5 StBerG verlangt, dass Steuerberatern, Rechtsanwälten, niedergelassenen Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, vereidigten Buchprüfern, Steuerbevollmächtigten oder Steuerberatungsgesellschaften „zusammen die Mehrheit der Stimmrechte“ zusteht. Die Vorschrift soll verhindern, dass die in § 50 Abs. 3 StBerG genannten besonders befähigten Personen mit einer anderen Ausbildung, zB Landwirte oder Informatiker, die Mehrheit in einer Steuerberatungsgesellschaft bilden. Da die Berufsausübung für Steuerberater dadurch nur unwesentlich eingeschränkt wird und einer gesellschaftlichen Verbindung zwischen Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern keine nur schwer zu überwindenden Hindernisse im Weg stehen, andererseits sachliche Gründe bestehen, den dominierenden Einfluss Berufsfremder zu verhindern, handelt es sich um eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Regelung.

4.2 Verhinderung einer berufsfremden Leitungsmacht gemäß § 50 Abs. 4 StBerG und das Gebot der verantwortlichen Führung gemäß § 32 Abs. 3 S. 2 StBerG

Als verfassungsrechtlich problematisch erweisen sich jedoch die Anforderungen an die Leitungsmacht gemäß § 50

Abs. 4 StBerG. Die Vorschrift steht im Zusammenhang mit dem Gebot verantwortlicher Führung und verlangt zwar nur, dass die Zahl der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer, die keine Steuerberater sind, die Zahl der Steuerberater im Vorstand oder unter den Geschäftsführern nicht übersteigen darf. Da aber auch von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern verlangt wird, dass diese die Gesellschaft verantwortlich führen (§ 59f Abs. 1 S. 1 BRAO) bzw. die Mehrheit Berufsangehörige sind (§ 28 Abs. 1 WPO), kann eine interprofessionelle Steuerberatungsgesellschaft nur von Personen geleitet werden, die über eine Mehrfachqualifikation verfügen. Die Mehrheitserfordernisse bei Rechtsanwälten sind zwar nach dem Beschluss des BVerfG vom 14.1.2014 ihrerseits verfassungswidrig, aber davon können Steuerberatungsgesellschaften keinesfalls profitieren, da dies auf eine Privilegierung einer Berufsgruppe hinausläufe, die sachlich nicht gerechtfertigt wäre und offensichtlich gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen würde. Man kann nicht Steuerberatern erlauben, was Rechtsanwälten verboten ist.

Ein Gleichheitsverstoß wäre höchstens dann vermeidbar, wenn der Gesetzgeber bei der anstehenden Reform der BRAO (sowie der WPO) auf das Erfordernis einer verantwortlichen Führung verzichten und sich – wie es dem Wortlaut des § 50 Abs. 4 StBerG entspricht – mit der Sicherung einer 50%igen Leitungsmacht begnügen würde. Abgesehen davon, dass dies mit dem Gebot der verantwortlichen Führung gemäß § 32 Abs. 3 S. 2 StBerG und § 59 Abs. 1 BRAO in Konflikt geriete, könnte auch theoretisch nur dann ein formales Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Berufsgruppen hergestellt werden, wenn die Gesellschaft lediglich aus Rechtsanwälten und Steuerberatern bestünde, nicht aber, wenn auch Wirtschaftsprüfer aufgenommen werden sollen. Diese besitzen zwar häufig auch die Qualifikation als Steuerberater, aber zwingend ist das nicht. Damit könnten bei multiprofessionellen Gesellschaften die jeweiligen berufsrechtlichen Anforderungen an die Leitung wiederum häufig nur von Mehrbändern erfüllt werden, also unter Voraussetzungen, die das BVerfG im Beschluss zur Rechts- und Patenanwalts-gesellschaft als unverhältnismäßige Einschränkung der Berufsfreiheit qualifiziert hat. Der Eingriff ist zwar etwas schwächer als bei den Mehrheitserfordernissen für Rechts- und Patentanwälte, aber lediglich graduell, nicht strukturell.

Darüber hinaus erschöpft sich das Gebot der verantwortlichen Führung nicht in den Anforderungen an die Zahl der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer. § 50 Abs. 4 StBerG steht im Zusammenhang mit dem in § 32 Abs. 3 S. 2 StBerG verankerten Gebot der verantwortlichen Führung der Steuerberatungsgesellschaft. Dieses Gebot besagt, dass die mit der Leitung der Steuerberatungsgesellschaft betrauten Steuerberater sowohl bei der geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuersachen als auch bei der Auswahl der Mandanten und schließlich auch bei Fragen der allgemeinen Verwaltung und Organisation so unabhängig und weisungsfrei sein müssen wie freie Steuerberater.⁶⁰ Das bedeutet nicht nur, dass

60 BFH (Fn. 11) (328 f.); Willerscheid in Kuhls ua (Hrsg.), StBerG, 3. Aufl. 2011, § 50 Rn. 3.

bei Gleichheit von Steuerberatern und Nicht-Steuerberatern keine Beschlüsse gegen die Stimmen der Steuerberater gefasst werden dürfen⁶¹, sondern weitergehend, dass die Stimmen der Steuerberater den Ausschlag geben müssen, wenn bei der Willensbildung innerhalb der Geschäftsführung keine Einigung erzielt werden kann.⁶² Denn eine Gesellschaft kann nicht von Steuerberatern verantwortungsvoll geführt werden, wenn sich diese im Ergebnis nicht durchsetzen können. § 57 Abs. 2 S. 3, Hs. 2 BOSTB bestimmt daher, dass die Stimmen der Steuerberater ausschlaggebend sein sollen, wenn bei der Willensbildung keine Einigung erzielt werden kann. Da umgekehrt jedoch auch Rechtsanwaltsgesellschaften – bis zum Beschluss des BVerfG vom 14.1.2014 – von Rechtsanwälten verantwortlich geführt werden mussten (§ 59f Abs. 1 S. 1 BRAO), besteht die gleiche Konfliktlage wie bei der gesellschaftlichen Verbindung von Rechts- und Patentanwälten.⁶³ Das Gebot der verantwortlichen Führung ist in diesen Konstellationen nicht zu halten, weil kein sachlicher Grund besteht, eine Berufsgruppe günstiger zu stellen als andere. Wenn Rechtsanwälten nach dem Beschluss vom 14.1.2014 keine Leitungsmacht zugestanden wird, darf diese Steuerberatern ebenfalls nicht eingeräumt werden. Im Ergebnis muss daher auch das Berufsrecht der Steuerberater in Bezug auf die Mehrheitserfordernisse hinsichtlich der Leitungsmacht reformiert werden. Zulässig sind nur die Regelungen gemäß §§ 50a Abs. 1 Nr. 3 und 5 StBerG, die eine Kapitalbeteiligung Berufsfremder verhindern sollen und den wirtschaftsberatenden Berufen eine Stimmrechtsmehrheit einräumen.

4.3 Berufsspezifische Qualifikation der Geschäftsführer gemäß § 50 Abs. 1, 2 StBerG?

Zum Schluss stellt sich noch die Frage, ob eine bestimmte freiberufliche Qualifikation der Geschäftsführer verlangt werden muss, wie dies gegenwärtig in § 50 Abs. 1, 2 StBerG verlangt wird. Danach müssen Geschäftsführer Steuerberater sein. Neben Steuerberatern dürfen lediglich Rechtsanwälte, niedergelassene europäische Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer und Steuerbevollmächtigte Geschäftsführer sein. Da es bei der Funktion als Geschäftsführer vor allem auf betriebswirtschaftliche Kompetenz ankommt, erscheint eine Beschränkung auf die genannten steuer-, rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe zu eng⁶⁴ und somit als unverhältnismäßige Beschränkung der Berufsfreiheit. Dies gilt jedenfalls dann, wenn bei den Stimmrechten der

Gesellschafter sichergestellt ist, dass die vereinbarten Berufe nicht dominiert werden (§ 50a Abs. 1 Nr. 5 StBerG).

5. Zusammenfassung

(1) Dem Beschluss des BVerfG vom 14.1.2014, wonach die Regelungen im Berufsrecht der Rechts- und Patentanwälte, die bei einer GmbH zum Zweck der gemeinsamen Berufsausübung bestimmte Anteils- und Mehrheitserfordernisse zugunsten der Angehörigen einer Berufsgruppe vorschreiben, verfassungswidrig sind, ist im Ergebnis zuzustimmen.

(2) Da die Regelungen im Ergebnis dazu führen, dass nur sog. Mehrbänder eine interprofessionelle Berufsausübungsgesellschaft bilden können, handelt es sich um einen schwerwiegenden Eingriff, dem auf der anderen Seite kein nennenswertes Schutzbedürfnis als Rechtfertigung zur Seite steht, weil seitens der Patentanwälte keine „Übergriffe“ zu befürchten sind.

(3) Bei gesellschaftlichen Verbindungen mit Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern ist die Interessenlage im Wesentlichen gleich, so dass die Mehrheitserfordernisse der BRAO auch insoweit beseitigt werden müssen.

(4) Eine Verallgemeinerung der Entscheidung in Bezug auf andere Regelungen, die die berufliche Unabhängigkeit sichern sollen, liegt zwar nahe, sollte aber unterbleiben, wenn diese Regelungen Konflikte mit wesentlich größerem Gefährdungspotential für die berufliche Unabhängigkeit eindämmen sollen. Dies trifft insbesondere auf die bestehenden Fremdbesitzverbote zu, aber auch für die Beschränkung der interprofessionellen Zusammenarbeit auf rechts-, wirtschafts- und steuerberatende Berufe. An diesen Beschränkungen ist im Interesse des beruflichen Leitbilds der Unabhängigkeit und einer vertrauenswürdigen Rechtspflege festzuhalten.

(5) Unbedenklich sind auch die Bestimmungen des StBerG, die den (bestimmenden) Einfluss berufsfremder Geschäftsführer und Vorstände, die nicht zu den rechts-, steuer- und wirtschaftsberatenden Berufen gehören, verhindern sollen (§ 50a Abs. 1 Nr. 3 und 5 StBerG).

(6) Dagegen sind die Anforderungen an die verantwortliche Leitung der Steuerberatungsgesellschaft, die § 32 Abs. 3 S. 2 und § 50 Abs. 4 StBerG sichern sollen, verfassungsrechtlich nicht zu halten. Wenn man die Sicherung der Leitungsmacht in Übereinstimmung mit dem Beschluss des BVerfG vom 14.1.2014 als unverhältnismäßige Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit in interprofessionellen Gesellschaften ansieht, weil die Anforderungen nur von Berufsangehörigen mit mehrfacher Qualifikation erfüllt werden können, sollte dies nicht nur für interprofessionelle Gesellschaften von Rechts- und Patentanwälten, sondern auch für Gesellschaften von Rechtsanwälten und Steuerberatern gelten.

61 So *Gehre/Koslowski*, StBerG, 6. Aufl. 2009, § 50 Rn. 5.

62 *Willerscheid* (Fn. 60), § 50 Rn. 12.

63 Ebenso iE *Glindemann* AnwBl. 2014, 214 (219 f.), *Ost DStR* 2015, 442 (445 f.), *Kämmerer* und *Mann* (in diesem Beihefter auf S. 33 und 28).

64 *Pluskat DStR* 2004, 58 (61).

Konsequenzen des Vorlagebeschlusses des BGH vom 16.5.2013 für das Berufsrecht der Steuerberater

Von Prof. Dr. Gerhard Ring, Freiberg*

Der BGH hat mit Beschluss vom 16.5.2013¹ dem BVerfG die Frage vorgelegt, ob das in § 59a Abs. 1 BRAO idF vom 12.12.2007 normierte Kooperationsverbot der Rechtsanwälte in Bezug auf andere als die dort gelisteten Freien Berufe mit Art. 3 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.² Mit einer Entscheidung des BVerfG ist im ersten Halbjahr 2015 zu rechnen. Sollte das BVerfG der vom BGH vertretenen und sehr gut begründeten Auffassung folgen, hätte dies auch folgenreiche Auswirkungen für das Berufsrecht der Steuerberater. Nach § 59a Abs. 1 S. 1 BRAO dürfen sich Rechtsanwälte (nur) mit Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer und Patentanwaltskammer, mit Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern zur gemeinschaftlichen Berufsausübung im Rahmen der eigenen beruflichen Befugnisse verbinden. § 137 Abs. 1 S. 2 StPO und die Bestimmungen, die die Vertretung bei Gericht betreffen, stehen nicht entgegen. Rechtsanwälte, die zugleich Notar sind, dürfen eine solche Verbindung nur bezogen auf ihre anwaltliche Berufsausübung eingehen. Im Übrigen richtet sich die Verbindung mit Rechtsanwälten, die zugleich Notar sind, nach den Bestimmungen und Anforderungen des notariellen Berufsrechts.

1. Problemstellung

Der Vorlagebeschluss wirft die Frage auf, ob die seitens des BGH gehegten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das berufsrechtliche Kooperationsverbot der Anwaltschaft nach § 59a Abs. 1 BRAO³ in gleicher Weise auch gegen die Parallelvorschrift im artverwandten Berufsrecht der Steuer-

berater in § 56 Abs. 1 StBerG bestehen. Ist die Beschränkung auf den Kreis der dort als sozietätsfähig erklärten Berufe verfassungskonform?

2. Der Regelungsgehalt des § 56 Abs. 1 StBerG

Nach § 56 Abs. 1 StBerG dürfen sich – entsprechend § 59a Abs. 1 BRAO – Steuerberater und Steuerbevollmächtigte (nur) mit anderen Steuerberatern und Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern, vereidigten Buchprüfern, Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer und der Patentanwaltskammer zur gemeinschaftlichen Berufsausübung im Rahmen der eigenen beruflichen Befugnisse verbinden. Mit Rechtsanwälten, die zugleich Notare sind, darf diese Verbindung nur bezogen auf die anwaltliche Berufsausübung eingegangen werden. Im Übrigen richtet sich die Verbindung mit Rechtsanwälten, die zugleich Notare sind, nach den Bestimmungen und Anforderungen des notariellen Berufsrechts.

Der in § 56 Abs. 1 gelistete Kreis sozietätsfähiger Berufe im nationalen Bereich erfährt in § 56 Abs. 3 StBerG eine Ergänzung mit einem „vergleichbaren Kreis aus dem internationalen Bereich“.⁴

Riddermann⁵ vertritt unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des BVerwG vom 28.5.1991⁶ die Auffassung, dass die angeführte Liste der Berufe – die zwar den Eindruck einer abschließenden Aufzählung erwecken könnten – nur exemplarischen Charakter habe. Diese Auffassung ist jedoch zum einen unter Zugrundelegung des aktuell geltenden Gesetzeswortlauts in § 56 Abs. 1 StBerG so nicht haltbar. Sie bezieht sich auf die erste und engere Gesetzesfassung des § 55a StBerG alt und die damals noch geltenden RiLiStB.⁷ Zum anderen bezog sich das Urteil des BVerwG auf die Gründung einer Sozietät zwischen einem Steuerberater und einer Steuerberatungsgesellschaft.⁸

Damit ist de lege lata sowohl einem Rechtsanwalt – da die Judikatur bis dato § 59a Abs. 1 BRAO einhellig als abschließende Regelung qualifiziert hatte⁹ – als auch einem Steu-

* Prof. Dr. Gerhard Ring ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht, TU Bergakademie Freiberg.

1 BGH v. 16.5.2013 – II ZB 7/11, DStRE 2013, 1521. Dazu Anm. Singer in DStR 2013, 1857, Römermann EWiR 2013, 481, Ahlhaus GesR 2013, 529, Schwenker IBR 2013, 577, Ring NJ 2013, 478 und Pestke Stbg 2013, 430. Zudem Kleine-Cosack AnwBl 2013, 570; Hartung AnwBl 2013, 742; Hellwig AnwBl 2014, 606; Dahns NJW-Spezial 2014, 62. Das Verfahren ist beim BVerfG unter dem Az. 1 BvL 6/13 anhängig.

2 Dazu Ring/Vogel MedR 2014, 876.

3 Wohingegen § 30 Abs. 1 S. 1 BO-Ä Bayerns v. 12.10.1997 dem Arzt nur verbietet, „zusammen mit Personen, die weder Ärzte sind noch zu seinen berufsmäßig tätigen Mitarbeitern gehören, zu untersuchen oder zu behandeln“. Nr. 10 (Beteiligung von Ärzten an sonstigen Partnerschaften) der „Ergänzenden Bestimmungen zu den einzelnen ärztlichen Berufspflichten – Kapitel D.“ gestattet Ärzten, in Partnerschaften gemäß § 1 Abs. 1 und 2 PartGG mit „Angehörigen anderer Berufe als den in Nr. 9“ – damit auch mit Rechtsanwälten und/oder Steuerberatern – zusammenzuarbeiten, wenn sie in der Partnerschaft nicht die „Heilkunde am Menschen“ ausüben. Die BO für Apothekerinnen und Apotheker Bayerns v. 21.5.2006 statuiert kein ausdrückliches Kooperationsverbot – gestattet dem Apotheker jedoch nach § 1 Abs. 1 S. 4 (Berufsausübung) die Tätigkeit als „Sachverständiger“. Aus diesem Grund hatten die Ärzte- und die Apothekerkammer Bayerns – im Unterschied zur Bayerischen RAK und der BRAK – gegen die beabsichtigte Kooperation des Rechtsanwalts Dr. H. mit seiner Gattin – Apothekerin und Ärztin – in einer PartnerschaftG auch keine Einwände erhoben. Auch weil und soweit die Partnerin nicht beabsichtigt hat, in der Partnerschaft eine ärztliche Praxis oder eine Apotheke zu betreiben.

4 Riddermann in Kuhls, StBerG, 3. Aufl. 2011, § 56 Rn. 49.

5 Riddermann (Fn. 4), § 56 Rn. 49.

6 BVerwG v. 28.5.1991 – 1 C 33.88, BVerwGE 88, 221 = DStR 1991, 959. Das BVerwG hat in seinem Ls. festgestellt, dass nach dem Berufsrecht der Steuerberater eine Sozietät zwischen einem Steuerberater und einer Steuerberatungsgesellschaft in der Rechtsform einer GbR nicht verboten sei – allerdings der Anzeigepflicht nach § 55a S. 3 StBerG alt unterliege.

7 Abschn. V Nr. 30 Rili der Steuerberater und Steuerbevollmächtigten.

8 BVerwG (Fn. 6).

9 BGH v. 29.9.2003 – AnwZ (B) 24/00, DStR 2005, 758: Ein Anwalt kann mit einer in der Rechtsform der PartG geführten Steuerberatungsgesellschaft eine Bürogemeinschaft bilden, die nur unzulässig ist, wenn der Anwalt zugleich Mitglied dieser Steuerberatergesellschaft ist; AGH Celle v. 27.4.2006 – AGH 18/05, NJW-RR 2006, 927 (928): Kundgabe der beruflichen Zusammenarbeit eines Anwalts mit einem Diplom-Ökonomen auf dem anwaltlichen Briefbogen; AGH Celle v. 17.9.2002 – AGH 6/02, NJW-RR 2003, 129: Ein Mediator, der nicht zugleich einem in § 59a S. 1 BRAO genannten Beruf angehört, kann nicht Mitglied einer Rechtsanwaltssozietät sein; AGH Baden-Württemberg v. 18.3.1995 –

erberater eine interprofessionelle Zusammenarbeit bspw. mit einem in der jeweiligen Regelung nicht gelisteten Arzt und/oder einem Apotheker verwehrt¹⁰ – und zwar auch dann, wenn der Arzt oder Apotheker im Rahmen der Kooperation nur beratend oder gutachterlich tätig werden möchte und keine Heilkunde am Menschen ausüben bzw. eine Apotheke zu betreiben gedenkt.

3. Grundrechtsvorgaben im Hinblick auf Kooperationsverbote

Im Hinblick auf der Prüfung der Verfassungskonformität einer Beschränkung sozietätsfähiger Berufe im Kontext einer freiberuflichen Kooperation gewinnen die Schrankenvorgaben dreier Grundrechte an Relevanz: Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG, Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG und allgemeiner Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.

Eine Restriktion der Assoziationsmöglichkeit auf bestimmte Berufsträger artverwandter Professionen „muss als statusbildende Berufsausübungsbeschränkung sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls entsprechen“.¹¹ Dabei steht vor allem der Aspekt der *Zumutbarkeit* – Erforderlichkeit – als Maßstab im Mittelpunkt der Beurteilung: Die Intensität des Eingriffs – insbesondere in die Berufsfreiheit des Kooperationswilligen – darf unter Berücksichtigung der mit der Restriktion verfolgten Gemeinwohlinteressen die Grenze des Zumutbaren nicht überschreiten.

Uneingeschränkte Zustimmung erfährt in diesem Zusammenhang die allgemein gehaltene Aussage, dass „Sozietätsverbote im engeren Sinn wie auch i. S. allgemeiner beruflicher Zusammenarbeit ... nur zulässig (sind), wenn sie zur Sicherung wesentlicher Berufspflichten wie z. B. der verschwiegenen oder unabhängigen Berufsausübung eines Freiberuflers erforderlich sind“.¹²

Das BVerfG hat sich zu der hier interessierenden Fragestellung zum Berufsrecht der Steuerberater in zwei Sozietätsentscheidungen geäußert:

- Beschluss vom 20.4.1982¹³, mit dem auf der Grundlage der damals noch geltenden Standesrichtlinien¹⁴ eine So-

zietät zwischen einem Steuerberater und einem Versicherungsmathematiker als unzulässig erachtet wurde; und

- Beschluss vom 4.7.1989¹⁵, mit dem das BVerfG konstatierte, dass es gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoße, Anwaltsnotaren die Sozietät mit einem Steuerberater, der gleichzeitig Rechtsanwalt ist, zu gestatten, sie ihnen aber mit einem Nur-Steuerberater zu untersagen. Dasselbe gelte, soweit Anwaltsnotaren die Sozietät mit Rechtsanwälten erlaubt werde, mit Kammerrechtsbeiständen dagegen nicht.

In einem analogen Beschluss vom 8.4.1998¹⁶ zum bis dato geltenden Verbot einer Sozietät eines Wirtschaftsprüfers mit einem Anwaltsnotar hat das BVerfG einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG gesehen, solange der Anwaltsnotar selbst Steuerberater sein darf und auch nicht daran gehindert ist, sich mit Nur-Steuerberatern zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenzuschließen: Ein bloß berufsspezifisches Regelungsziel reicht danach zur Sicherung der Berufspflichten eines Freien Berufs nicht aus. Vielmehr muss der Gesetzgeber in Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG das Ziel einer gleichförmigen Regelung für vergleichbare Berufe beachten.¹⁷

Vor diesem Hintergrund wird denn auch in der Literatur¹⁸ – allerdings teilweise nur unter Bezugnahme auf das artverwandte anwaltliche Berufsrecht – die Ansicht vertreten, dass ein Sozietätsverbot des Steuerberaters mit Unternehmensberatern¹⁹, Wirtschaftsberatern, Versicherungs-

AGH 1/95 (III), NJW-RR 1995, 1017 (1018): Dem Rechtsanwalt ist eine Berufsausübung in einer Sozietät mit Unternehmensberatern untersagt. Dem folgt mehrheitlich die berufsrechtliche Literatur – etwa *Bormann* in *Gaier/Wolf/Göcken*, *Anwaltliches Berufsrecht*, 2. Aufl. 2014, BRAO § 59a Rn. 85; *v. Wedel* in *Hartung*, BRAO, 5. Aufl. 2012, § 59a Rn. 1 und 3; *Hartung* in *Hensler/Prütting*, BRAO, 4. Aufl. 2014, § 59a Rn. 28 und 129 ff.; *Kleine-Cosack*, BRAO, 6. Aufl. 2009, § 59a Rn. 9; *Kaiser/Bellstedt*, *Die Anwaltssozietät*, 2. Aufl. 1995, 42 Rn. 42; *Damm/v. Mickwitz* JZ 2001, 76.

¹⁰ AA wohl *Riddermann* (Fn. 4), § 56 Rn. 53: „Die Sozietätsfähigkeit der Angehörigen verkammerter freier Berufe, die nicht Angehörige der rechtsberatenden und wirtschaftsberatenden Berufe sind, hat der Gesetzgeber nicht angesprochen, damit aber auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen.“

¹¹ *Riddermann* (Fn. 4), § 56 Rn. 43.

¹² *Riddermann* (Fn. 4), § 56 Rn. 5.

¹³ BVerfG v. 20.4.1982 – 1 BvR 522/78, BVerfGE 60, 215: Verbot einer Sozietät mit nichtkammerangehörigen Personen. Dazu Besprechung *Bachmann* Stbg 1982, 191.

¹⁴ Insoweit hatte das BVerfG – anders als später das BVerfG in einem seiner beiden Bastillebeschlüsse (BVerfG v. 14.7.1987 – 1 BvR 537/81 ua, BVerfGE 76, 171 = NJW 1988, 191 Verfassungswidrigkeit der Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts (RiLiRA): „Es wird nicht mehr daran festgehalten, dass die RiLiRA als Hilfsmittel zur Auslegung und Konkretisierung der Generalklausel über die anwaltlichen Berufspflichten [§ 43 BRAO] herangezogen werden können. Eine rechtserhebliche Bedeutung kommt den RiLiRA im ehrengerichtlichen Verfahren nur noch für eine Übergangszeit bis zur Neuordnung des anwaltlichen Berufsrechts zu, soweit ihre Heranziehung unerlässlich ist, um die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege aufrechtzuerhalten“ [Ls. 1]) und damit zwischenzeitlich überholt – konstatiert, dass den von der Bundessteuerberaterkammer festgestellten RiLiStB zwar keine Rechtsnormqualität iSv Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG beizumessen sei – dass sie aber noch, wenngleich nur eine wesentliche Erkenntnisquelle dafür bildeten, was im Einzelfall nach Auffassung angesehen und erfahrener Standesgenossen der Meinung aller anständig und gerecht denkender Steuerberater und der Würde des Standes entspreche.

¹⁵ BVerfG v. 4.7.1989 – 1 BvR 1460/85 ua, BVerfGE 80, 269 = NJW 1989, 2611. Dazu *Sachs* JuS 1990, 137.

¹⁶ BVerfG v. 8.4.1998 – 1 BvR 1773/96, BVerfGE 98, 49 = NJW 1998, 2269. Dazu *Hensler* JZ 1998, 1065; *Römermann* MDR 1998, 821; *Kleine-Cosack* EWiR 1998, 603 sowie *Leich* NJW 1999, 401.

¹⁷ So *Riddermann* (Fn. 4), § 56 Rn. 44 und § 57 Rn. 7.

¹⁸ *Riddermann* (Fn. 4), § 56 Rn. 55.

¹⁹ Etwa BGH v. 16.12.1996 – StB St (B) 2/96, NJW-RR 1997, 761, StB 1997, 356 mAnm *Maxl*: Unzulässigkeit eines Zusammenschlusses eines Steuerberaters mit einem Diplomfinanzwirt zu einer Zoll-Unternehmensberatung. *Riddermann* (Fn. 4.) rekurriert auf OLG Düsseldorf v. 6.11.1995 – StO 3/94, DStR 1996, 807, wonach eine interdisziplinäre Sozietät aus Steuerberatern und Anwälten in Zusammenarbeit mit Unternehmensberatern berufsrechtswidrig sei. LG Düsseldorf v. 24.7.2003 – 45 StL 5/03, DStR 2004, 430, das den Praxisbetrieb eines Steuerberaters mit einem als Unternehmensberater tätigen Steuerfachgehilfen – als Gewerbetreibendem – als berufsrechtswidrig qualifiziert.

mathematikern und EDV-Beratern bzw. einem Mediator²⁰ bestehe. Dies wird argumentativ auf deren Status als Gewerbetreibende gestützt²¹, mit denen eine Sozietät unzulässig ist.²² So bestimmt denn § 57 Abs. 4 Nr. 1 Hs. 1 StBerG im Rahmen der allgemeinen Berufspflichten mit dem Ziel der Wahrung einer unabhängigen Berufsausübung²³, dass als Tätigkeit, die mit dem Beruf des Steuerberaters nicht vereinbar ist, grundsätzlich²⁴ auch eine „gewerbliche Tätigkeit“²⁵ anzusehen sei.

Das Verbot einer Kooperation von Steuerberatern mit Gewerbetreibenden²⁶ soll hier nicht näher behandelt werden. Untersucht werden soll allein die Assoziationsmöglichkeit eines Steuerberaters mit einem Arzt bzw. Apotheker (die in der Kooperation keine Arztpraxis bzw. Apotheke betreiben möchten). Für diese gilt – im Unterschied zu Gewerbetreibenden –, dass sie *Berufspflichten* und einer *Berufsaufsicht* (Kammer) unterworfen sind.²⁷

4. Das ausdrückliche Sozietätsverbot nach § 56 Abs. 1 StBerG als Verstoß gegen das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG

Das dem eindeutigen Wortlaut des § 56 Abs. 1 StBerG²⁸ für Steuerberater entnehmbare Verbot, sich beruflich zur gemeinschaftlichen Berufsausübung (dh in einer Sozietät in Gestalt einer GbR oder einer PartG) mit Ärzten und Apothekern gesellschaftlich zu verbinden, verstößt – wie die Parallelregelung des § 59a Abs. 1 BRAO des artverwandten anwaltlichen Berufsrechts – gegen das Grundrecht des

20 AGH Celle (Fn. 9): Ein Mediator, der nicht zugleich einem der in § 59a Abs. 1 S. 1 BRAO genannten Berufe zugehörig ist, kann nicht Mitglied einer Rechtsanwaltssozietät sein.

21 RegE, BT-Drs. 16/7077, 32: Eine Sozietät mit Gewerbetreibenden ist unzulässig.

22 RegE, BT-Drs. 16/7077, 32.

23 BVerfG v. 15.2.1967 – 1 BvR 569, 589/62, BVerfGE 21, 173 = NJW 1967, 1317: Im Rahmen der gesetzlichen Fixierung von Berufsbildern kann die Freiheit der Berufswahl durch die Schaffung von Inkompatibilitäten beschränkt werden. Soweit davon Berufsangehörige betroffen werden, die bisher die künftig unvereinbaren Berufe in zulässiger Weise nebeneinander ausgeübt haben, könne der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den Gesetzgeber nötigen, eine angemessene Übergangsregelung zu treffen.

24 Zur Ausnahmemöglichkeit nach § 57 Abs. 4 Nr. 1 Hs. 2 StBerG – „soweit durch die Tätigkeit eine Verletzung von Berufspflichten nicht zu erwarten ist“ – *Maxl* in *Kuhls*, StBerG, 3. Aufl. 2011, § 57 Rn. 363 ff.

25 Zur gewerblichen Tätigkeit *Maxl* (Fn. 24), § 57 Rn. 325 ff.

26 Wenn mit einem Gewerbetreibenden auch keine Berufsausübungsgemeinschaft statthaft ist, soll doch die Möglichkeit einer „GbR zu Werbezwecken“ eröffnet sein: *Riddermann* (Fn. 4), § 56 Rn. 45 unter Bezugnahme auf BGH v. 25.2.2003 – StbSt (R) 2/02, NJW 2003, 1540.

27 *Riddermann* (Fn. 4), § 56 Rn. 45.

28 Das 8. Gesetz zur Änderung des StBerG hat § 56 Abs. 1 StBerG in Bezug auf die Vorschriften über die berufliche Zusammenarbeit mit Angehörigen rechtsberatender Berufe grundsätzlich unverändert gelassen – RegE, BT-Drs. 16/7077, 31 I. Sp.: „Die bisherigen besonderen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften sollen jedoch gestrichen werden. Es ist nicht erforderlich, Steuerberatern vorzuschreiben, welche gesellschaftsrechtliche Organisationsform sie wählen dürfen, um ihren Beruf ausüben zu können. Mit der Streichung der Wörter ‚zu einer Sozietät‘ fällt auch die Möglichkeit des Zusammenschlusses mit Angehörigen der rechtsberatenden Berufe zu einer Partnerschaftsgesellschaft unter Absatz 1.“

Steuerberaters auf Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG.²⁹

Ein zulässiger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Steuerberaters gemäß § 56 Abs. 1 StBerG bedarf nämlich nicht nur der genannten gesetzlichen Grundlage. Vielmehr muss er auch durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Letzteres ist dann der Fall, wenn das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks sowohl geeignet als auch erforderlich ist und wenn im Übrigen bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist.³⁰

4.1 Sozietätsverbot als Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit

Der Berufsausübungsfreiheit unterfällt ua auch das Recht, sich beruflich zusammenzuschließen.³¹ Das in § 56 Abs. 1 StBerG ausdrücklich statuierte Recht, sich in zulässiger Weise mit Angehörigen anderer Freier Berufe – nämlich den dort enumerativ aufgezählten Berufen – zu assoziieren, mit diesen also eine gesetzlich zulässige interprofessionelle Kooperation im Sinne einer Sozietät zu bilden, führt allerdings nicht dazu, dass damit das korrespondierende Zusammenarbeitsverbot mit einem Arzt oder einem Apotheker nicht mehr als „Eingriff“ die die Berufsausübungsfreiheit qualifiziert werden kann. Wenn ein Steuerberater sich nämlich mit einem Arzt oder Apotheker assoziieren möchte, bildet die erlaubte Kooperationsmöglichkeit mit einem Rechts- oder Patentanwalt kein rechtliches oder wirtschaftliches Äquivalent.³² Das Kooperationsverbot im Hinblick auf unbenannte Angehörige eines verkammerten freien Berufs begründet somit in jedem Fall einen Eingriff in das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG.

4.2 Unzulässiger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit

Ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG durch ein Kooperationsverbot (Sozietätsverbot) ist nur zulässig, wenn dieses

29 So auch der BGH (Fn. 1) Rz. 53 zur Parallelnorm des § 59a Abs. 1 BRAO unter Bezugnahme auf lauter werdende Stimmen in der Literatur, zB *Kleine-Cosack* (Fn. 9), Vor § 59a Rn. 8 ff. und § 59a Rn. 10 ff.; *Michalski/Römermann* NJW 1996, 3233 (3234 ff.); *Römermann*, Entwicklungen und Tendenzen bei Anwaltsgesellschaften, 1995, 94. Kritisch im Hinblick auf den Ausschluss einer anwaltlichen Berufsausübung mit Ärzten *Krenzler* BRAK-Mitt 2010, 234 (237). Hingegen halten *Quodbach* (Grenzen der interprofessionellen Zusammenarbeit für Rechtsanwälte, 2002, 207) und *Gotzens* (Die interprofessionelle Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit Angehörigen anderer freier Berufe, 1998, 171 u. 201 f.) eine verfassungskonforme Auslegung des § 59a BRAO (noch) für möglich.

30 BGH (Fn. 1) Rz. 54 unter Bezugnahme auf BVerfG v. 3.11.1982 – 1 BvL 4/78, BVerfGE 61, 291 (312); und v. 19.11.1985 – 1 BvR 934/82, BVerfGE 71, 162 (173) = NJW 1986, 1533 = Anm. *Kreft* in *EWiR* 1986, 405 zur Autobiographie eines Chefarztes.

31 BGH (Fn. 1) Rz. 55 unter Bezugnahme auf BVerfG v. 3.7.2003 – 1 BvR 238/01, NJW 2003, 2520 (2522).

32 „Keine gleichwertige Alternative“: BGH (Fn. 1) Rz. 55.

- durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist (Vorliegen anerkannter Gemeinwohlzwecke, unter 4.2.1),
- der Eingriff geeignet ist, die Gemeinwohlzwecke sicherzustellen (4.2.2) und
- der Eingriff nicht weiter geht, als er durch rechtfertigende Gemeinwohlbelange erforderlich ist (4.2.3).

Notwendig ist damit ein angemessenes Verhältnis von Eingriffszweck und Eingriffsintensität.³³

Die Berufsausübung des Steuerberaters ist gekennzeichnet durch die Freiberuflichkeit (vgl. § 32 Abs. 2 S. 1 StBerG). Der Steuerberater ist nach § 1 Abs. 1 BOSTB unabhängiges Organ der Steuerrechtspflege. Nach den Nrn. 45 Abs. 1 und 46 Abs. 1 RiliStB alt wurden Steuerberater im Verhältnis zu Finanzgerichten und der Finanzverwaltung als „gleichberechtigte Organe der Steuerrechtspflege“ qualifiziert.

Da das BVerfG „hinsichtlich der allgemeinen Stellung zwischen Rechtsanwälten einerseits und Steuerberatern andererseits keinen Unterschied gemacht (hat), sondern insoweit beide (steuer-) rechtsberatenden Berufe wegen gleicher Gestaltung der Berufsaufgaben und -pflichten sowie wegen gleicher Organisation der beruflichen Selbstverwaltung gleichgestellt“ hat³⁴ (Gemeinwohlverpflichtung als Organ der Steuerrechtspflege)³⁵ und aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung des Steuerberaters zur unabhängigen und eigenverantwortlichen Berufsausübung (vgl. § 57 Abs. 1 StBerG) können die dem Sozietätsverbot zugrundeliegenden Gemeinwohlbelange analog auch aus dem artverwandten Berufsrecht der Rechtsanwälte herangezogen werden.

Im Verhältnis zu seinen Mandanten ist damit auch die Tätigkeit des Steuerberaters durch eine persönliche und eigenverantwortliche Dienstleistung nach § 57 Abs. 1 StBerG gekennzeichnet. Nach § 57 Abs. 1 StBerG hat der Steuerberater seinen Beruf unabhängig³⁶, eigenverantwortlich³⁷, gewissenhaft³⁸, verschwiegen³⁹ und unter Verzicht auf berufswidrige Werbung auszuüben. Letzteres darf auch im Kontext mit einem beruflichen Zusammenschluss – dh im Rahmen einer Sozietätsbeziehung zu anderen Freiberuflern – nicht aufgehoben oder wesentlich verändert werden.⁴⁰

4.2.1 Rechtfertigung des Sozietätsverbots durch anerkannte Gemeinwohlzwecke

Das Sozietätsverbot nach § 56 Abs. 1 StBerG ist durch anerkannte Gemeinwohlzwecke gerechtfertigt. § 56 Abs. 1

StBerG zielt – vergleichbar dem artverwandten anwaltlichen Berufsrecht – darauf ab, im Interesse einer funktionierenden Steuerrechtspflege, insbesondere auch im Interesse des rechtsuchenden Publikums, die Unabhängigkeit des Steuerberaters und den besonderen Schutz zu gewährleisten, den das Mandatsverhältnis durch die in § 57 StBerG normierten Grundpflichten des Steuerberaters erfährt.⁴¹ Die Grundpflichten des Steuerberaters werden flankiert durch Vorgaben des Straf- und des Strafverfahrensrechts sowie durch die Berufsaufsicht der Steuerberaterkammern. Zu den zentralen Berufspflichten zählen nach § 57 Abs. 1 StBerG die *Verpflichtung zur Verschwiegenheit*⁴², die gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB auch strafbewehrt ist und einen flankierenden Schutz über korrespondierende Aussage-/Zeugnisverweigerungsrechte des Steuerberaters (nach den §§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO; § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 84 Abs. 1 FGO iVm § 102 Abs. 1 Nr. 3a AO) erfährt. Damit korrespondiert nach § 97 StPO ein Beschlagnahmeverbot.

Weitere zentrale Berufspflicht ist das *Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen* nach § 57 Abs. 1 StBerG (Unabhängigkeitsgebot)⁴³ – in bestimmten Begehungsformen wiederum strafbewehrt gemäß § 356 StGB – sowie das Gebot an den Steuerberater, keine die Unabhängigkeit gefährdenden Bindungen einzugehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden könnten.

Diese Grundpflichten gewährleisten eine sowohl gegenüber dem Staat als auch gegenüber Dritten unabhängige Berufsausübung des Steuerberaters als Organ der Steuerrechtspflege sowohl im Interesse seines Mandanten (dh des Mandatsverhältnisses) als auch der Steuerrechtspflege – mithin anerkannten Gemeinwohlzwecken (wobei die Steuerrechtspflege als Bestandteil des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsgebots zugleich Verfassungsrang genießt).⁴⁴

Die Wahrnehmung der Aufgaben eines Steuerberaters setzt einen unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten Steuerberater voraus.⁴⁵ „Der Rechtsverkehr muss sich darauf verlassen können, dass der Pflichtenkanon des § 57 StBerG auch befolgt wird und die Steuerrechtspflege damit funktionsfähig bleibt.“⁴⁶

In diesem Kontext eines anerkanntswerten Gemeinwohlzwecks regelt das Sozietätsverbot des § 56 Abs. 1 StBerG, dass ein Steuerberater sich nur mit Angehörigen solcher Freien Berufe verbinden darf, die in gleicher Weise wie er selbst zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, den damit korrespondierenden Aussageverweigerungsrechten und Beschlagnahmeverboten sowie einer Berufsaufsicht durch eigene Berufskammern wie der Steuerberater unterfallen.

33 BGH (Fn. 1) Rz. 57 unter Bezugnahme auf BVerfG v. 3.7.2003 – 1 BvR 238/01, BVerfGE 108, 150 = NJW 2003, 2520, wonach eine Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG im Falle einer Anwaltssozietät treffenden Verpflichtung zur Mandatsniederlegung bei einer Interessenkollision durch den Sozietätswechsel eines Rechtsanwalts gegeben sein soll.

34 Kleemann in Kuhls, StBerG, 3. Aufl. 2011, § 32 Rn. 12 unter Bezugnahme auf BVerfGE 113, 27.

35 Kleemann (Fn. 34), § 32 Rn. 16.

36 Zur Unabhängigkeit Maxl (Fn. 24), § 57 Rn. 32 ff.

37 Zur eigenverantwortlichen Berufsausübung des Steuerberaters Maxl (Fn. 24), § 57 Rn. 82 ff.

38 Zur Gewissenhaftigkeit Maxl (Fn. 24), § 57 Rn. 123 ff.

39 Zur Verschwiegenheit Maxl (Fn. 24), § 57 Rn. 162 ff.

40 BGH (Fn. 1) Rz. 57.

41 BGH (Fn. 1) Rz. 60.

42 Zur Verschwiegenheit Maxl (Fn. 24), § 57 Rn. 162 ff.

43 Zur Unabhängigkeit Maxl (Fn. 24), § 57 Rn. 32 ff.

44 BVerfG v. 27.2.2008 – 1 BvR 1295/07, NJW 2008, 1293 Rz. 41; und v. 27.1.1982 – 1 BvR 807/80, NJW 1982, 1687 (1688) erkennen die Förderung der Rechtspflege als wichtiges Gemeinschaftsgut an.

45 BGH (Fn. 1) Rz. 61 unter Bezugnahme auf BVerfG (Fn. 31) (2521).

46 BGH (Fn. 1) Rz. 55 unter Bezugnahme auf BVerfG v. 9.8.1995 – 1 BvR 2263/94 ua, NJW 1996, 709 (710); v. 8.3.1983 – 1 BvR 1078/80, NJW 1983, 1535 (1538).

4.2.2 Eignung des Sozietätsverbots zur Sicherung der Gemeinwohlzwecke

Sofern Ärzte und Apotheker in der abschließenden Aufzählung nach § 56 Abs. 1 StBerG fehlen, mag dem prima facie im Hinblick auf den Gemeinwohlzweck noch die Eignung abgesprochen werden, „als (dass) die gesetzlich aufgeführten Berufe den dargelegten Anforderungen genügen“.⁴⁷ Es ist gleichwohl bedenklich, weil Ärzte und Apotheker die nämlichen Voraussetzungen wie die in § 56 Abs. 1 StBerG enumerativ gelisteten Berufe erfüllen und daher die Eignung der so beschränkten Regelung zur Verfolgung der genannten Gemeinwohlzwecke mehr als fraglich ist. Da nach der Judikatur des BVerfG jedoch eine gesetzliche Restriktion bereits dann als im verfassungsrechtlichen Sinne „geeignet“ erscheint, wenn mit seiner Hilfe der erwünschte Erfolg gefördert werden kann – ausreichend ist also die bloße Möglichkeit der Zweckerreichung⁴⁸ –, wird man letztlich das Sozietätsverbot des § 56 Abs. 1 StBerG doch noch als zur Zweckerreichung geeignet ansehen müssen.⁴⁹

4.2.3 Erforderlichkeit des Sozietätsverbots

In jedem Falle ist aber das umfassende Sozietätsverbot – insbesondere auch in Bezug auf Ärzte und Apotheker – zur Verfolgung des legitimen Gemeinwohlziels nicht erforderlich. Die *Erforderlichkeit* eines Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit bemisst sich nämlich danach, ob kein anderes, in jeder Hinsicht gleich wirksames⁵⁰, die Berufsausübungsfreiheit aber weniger einschränkendes Mittel zur Verfügung steht.⁵¹ Ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit darf nicht weiter gehen, als es die rechtfertigenden Gemeinwohlbelange erfordern.⁵²

Das Verbot von Berufsausübungsgemeinschaften von Steuerberatern und Ärzten sowie Apothekern ist – gemessen hieran – zum Schutz des Mandatsverhältnisses im Interesse einer funktionierenden Steuerrechtspflege nicht erforderlich.⁵³

- Das Verbot ist nicht erforderlich, um das *Geheimhaltungsinteresse des Mandanten* des Steuerberaters gegenüber Dritten bzw. der Staatsgewalt zu sichern⁵⁴, da letzteren gleichermaßen ein Geheimnisschutz auferlegt ist⁵⁵, der durch Verkammerung sowie Bestand und Überwachung ver-

gleichbarer beruflicher (Standes-) Regeln – wie bei den Steuerberatern – noch verstärkt wird.

- Das Verbot einer Berufsausübungsgesellschaft zwischen Steuerberatern und Ärzten bzw. Apothekern nach § 56 Abs. 1 StBerG ist auch zur *Sicherung der Unabhängigkeit des Steuerberaters* nicht erforderlich.⁵⁶ Das primär durch eine persönliche und eigenverantwortliche Dienstleistung charakterisierte Verhältnis zum Mandanten wird durch berufliche Zusammenschlüsse – in denen der Arzt keine Praxis und der Apotheker keine Apotheke betreiben, sondern lediglich eine beratende (gutachterliche) Tätigkeit ausüben – nämlich weder aufgehoben noch wesentlich verändert.⁵⁷ Dies gilt umso mehr, nachdem das BVerfG bereits auch schon über das Verbot der Führung einer Rechtsanwalts-gesellschaft bzw. über das Verbot einer Anteilsmehrheit nichtanwaltschaftlicher Partner im anwaltlichen Berufsrecht (vgl. §§ 59d und 59e BRAO) zu entscheiden hatte.⁵⁸ Es ist kaum erklärlich, warum eine Steuerberatungsgesellschaft mit – die vorbeschriebene Funktion – ausübenden Ärzten und/oder Apothekern gegenüber solchen mit den in § 56 Abs. 1 StBerG aufgeführten Berufsangehörigen eine größere Gefahr für die Unabhängigkeit des Steuerberaters begründen sollte.⁵⁹
- Das Verbot nach § 56 Abs. 1 StBerG ist auch nicht erforderlich, um einer gesteigerten *Gefahr der Vertretung widerstreitender Interessen* zu begegnen, da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese Gefahr allein durch die Beteiligung eines Arztes oder eines Apothekers an der Berufsausübungsgesellschaft mit einem Steuerberater erhöht würde.⁶⁰ Der Umstand, dass Ärzte und Apotheker seltener mit Interessenkollisionen konfrontiert sind als die in § 56 Abs. 1 StBerG enumerativ angeführten Professionen spricht nicht dagegen, dass entsprechende interprofessionelle Kooperationen zwischen Steuerberatern und Ärzten sowie Apothekern solchen Kollisionen nicht sachgerecht begegnen könnten.⁶¹ Es fehlen Anhaltspunkte dafür, dass Ärzte und Apotheker mit Interessenkollisionen weniger verlässlich umgehen können als die in § 56 Abs. 1 StBerG genannten Berufsträger.⁶² Vor allem muss berücksichtigt werden, dass entsprechenden potenziellen Gefahren auch durch geeignete mildere Mittel begegnet werden kann, wie bspw. eine verpflichtende Aufnahme entsprechender, eine Interessenkollision verbietender Regelungen in den Gesellschaftsvertrag bzw. das Erfordernis, an Schulungen

47 BGH (Fn. 1) Rz. 63.

48 BVerfG, 1 BvR 1295/07 (Fn. 44) Rz. 45 (Singularzulassung der BGH-Zulassung); v. 20. 6. 1984 – 1 BvR 1494/78, BVerfGE 67, 157 = NJW 1985, 121; v. 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293 = BeckRS 2001, 30172531.

49 BGH (Fn. 1) Rz. 63.

50 BVerfG v. 5.2.2002 – 2 BvR 305/93, 2 BvR 348/93, BVerfGE 105, 17 = NJW 2002, 3009.

51 BGH (Fn. 1) Rz. 65.

52 BVerfG, 1 BvR 1295/07 (Fn. 44) Rz. 48; v. 31.10.2002 – 1 BvR 819/02, NJW 2002, 3765; v. 14.12.1999 – 1 BvR 1327/98, BVerfGE 101, 331 (347) = NJW 2000, 347.

53 BGH (Fn. 1) Rz. 66.

54 BGH (Fn. 1) Rz. 67.

55 Zur ärztlichen Schweigepflicht § 9 MuBO-Ä 1997. Die Schweigepflicht des Arztes und des Apothekers in Bezug auf beruflich erlangte Geheimnisse statuiert § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB – flankiert durch korrespondierende Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechte (§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO; § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 84 Abs. 1 FGO iVm § 102 Abs. 1 Nr. 3c AO) sowie ein Beschlagnahmeverbot nach § 97 StPO.

56 BGH (Fn. 1) Rz. 70.

57 BGH (Fn. 1) Rz. 70 unter Bezugnahme auf BVerfG (Fn. 33) – Sozietätswechsel; BVerfG v. 28.10.1976 – 2 BvR 23/76, BVerfGE 43, 79 (91 f.) = NJW 1977, 99 – zur zulässigen Verteidigung verschiedener Mitbeschuldiger durch Anwälte derselben Sozietät.

58 BVerfG v. 14.1.2014 – 1 BvR 2998/11, 1 BvR 236/12, DStRE 2014, 755. Dazu der Beitrag von Singer in diesem Beihefter auf S. 11; Anm. Kämmerer in DStR 2014, 670 und Hensler EWiR 2014, 203; Glindemann AnwBl 2014, 214; Kleine-Cosack AnwBl 2014, 221; Diem AnwBl 2014, 770; Römermann NZG 2014, 481.

59 BGH (Fn. 1) Rz. 70.

60 BGH (Fn. 1) Rz. 71.

61 BGH (Fn. 1) Rz. 71.

62 BGH (Fn. 1) Rz. 71.

zum Erkennen und zum Umgang mit Interessenkollisionen teilzunehmen.⁶³

- „Der Umstand, dass es sich bei“ den in § 56 Abs. 1 StBerG „aufgezählten Berufsgruppen um rechtsberatende und wirtschaftsnahe Berater handelt, also die Gemeinsamkeit der Beratung auf wirtschaftlich-rechtlichem Gebiet besteht, während“ Ärzte und Apotheker dem Bereich der Gesundheitsfürsorge zugehörig sind, „ist im Hinblick auf den Gesetzeszweck“, die Unabhängigkeit des Steuerberaters und das besondere Vertrauensverhältnis des Mandanten zum Steuerberater zu schützen, „ohne Bedeutung“.⁶⁴
- Es erschließt sich letztlich auch nicht – so der BGH in seinem Vorlagebeschluss⁶⁵ – „inwieweit eine lose Kooperation zwischen Rechtsanwalt und Arzt oder Apotheker, die im Rahmen der medizinrechtlichen Rechtsberatung üblich ist, die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts weniger gefährden sollte als eine Sozietät oder Partnerschaft“. Und hier schließt sich der Kreis auch zu den Steuerberatern, denen mit § 56 Abs. 5 StBerG ja sogar auf der Grundlage einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung eine solche lose Verbindung (Kooperation) eröffnet ist – wenn und soweit sichergestellt ist, dass bei dieser Kooperation die Berufspflichten der Steuerberater eingehalten werden. Ist dies nicht gewährleistet, müsste deshalb natürlich auch bei Zulassung einer Berufsausübungsgesellschaft nach § 55 Abs. 1 StBerG zwischen Steuerberater und/oder Apotheker – de lege lata – diese wieder unverzüglich beendet werden.

4.3 Die Relation von Eingriffszweck und Eingriffsentention

Auch der vorab dargestellte Eingriffszweck des § 56 Abs. 1 StBerG – dh die dem Sozietätsverbot zugrundeliegenden Gemeinwohlerfordernisse – und die Eingriffsentention stehen in keinem angemessenen Verhältnis.⁶⁶ Wenn die gesetzliche Regelung de lege lata vorgibt, dass eine Berufsausübungsgemeinschaft des Steuerberaters mit anderen als den in der Regelung genannten verkammerten Berufen nicht statthaft ist, weil dadurch Gemeinwohlbelange gefährdet werden könnten, ist diese Vorgabe „unangemessen“. Es stehen nämlich *mildere Mittel* zur Verfügung, um die schützenswerten Gemeinwohlbelange zu sichern – bspw. Auflagen in Bezug auf die konkrete Ausgestaltung der Zusammenarbeit im Gesellschaftsvertrag der GbR oder PartG. Damit ist ein so weitreichendes Verbot, wie in § 56 Abs. 1 StBerG normiert, nicht zu rechtfertigen.⁶⁷

5. Verstoß des Sozietätsverbots des § 56 Abs. 1 StBerG gegen das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG?

Da Art. 9 Abs. 1 GG einen eigenen Schutzgehalt für den beruflichen Zusammenschluss verschiedener Professionen

neben dem Schutz der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG aufweist, in den Restriktionen einer Assoziation mit verkammerten, in § 56 Abs. 1 StBerG jedoch nicht enumerativ gelisteten freien Berufen eingreifen können, ist auch der Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit eröffnet.⁶⁸

5.1 Grundrechtekonkurrenz

Der BGH hat im anwaltlichen Berufsrecht eine Grundrechtekonkurrenz bejaht, da sich das Sozietätsverbot des § 59a Abs. 1 BRAO gegen die Zulässigkeit einer anderen Vereinigung als solcher richtet.⁶⁹ Der einzelne Berufsträger möchte etwas in einer gesellschaftsrechtlichen Verbindung unternehmen – was die einzelnen Berufsangehörigen, jeweils für sich allein, auch tun dürften.⁷⁰ Diese Argumentation muss gleichermaßen für § 56 Abs. 1 StBerG gelten. Wenn es auch ungewöhnlich sein mag, ist der Beruf des Arztes und des Apothekers nämlich mit jenem des Steuerberaters vereinbar.

5.1.1 Zweitberuf

Ein Steuerberater darf – ebenso wie die Judikatur dies zugunsten eines Rechtsanwalts entschieden hat⁷¹ – nämlich in Person neben dem Beruf des Steuerberaters auch den des Arztes und des Apothekers ausüben, wenn und soweit er nur die jeweiligen Berufszulassungsvoraussetzungen erfüllt. Im Hinblick auf den Beruf des Rechtsanwalts hat der BGH konstatiert, dass ein Verbot einen Eingriff in die Freiheit der Berufswahl begründen würde. Eine Vereinbarkeit von Anwalts- und Arztberuf hänge davon ab, „ob eine anwaltliche Tätigkeit neben der Tätigkeit als Arzt tatsächlich ausgeübt werden kann. Denn der Rechtsanwaltsberuf darf neben einem anderen Beruf nur gewählt und ausgeübt werden, wenn dem Rechtsanwalt der für eine Anwaltstätigkeit unentbehrliche rechtliche und tatsächliche Handlungsspielraum verbleibt“.⁷² Der Rechtsanwalt muss neben seinem anderen Beruf in der Lage sein, den Anwaltsberuf in einem – wenn auch beschränkten, so doch nennenswerten – Umfang und jedenfalls mehr als nur gelegentlich auszuüben, wobei eine bloß geringfügige Möglichkeit, sich als Rechtsanwalt zu betätigen, nicht ausreichend sein soll.⁷³ Dadurch soll ein

68 BGH (Fn. 1) Rz. 79 unter Bezugnahme auf BGH v. 9.12.2010 – IX ZR 44/10, NJW 2011, 2301 Rz. 8, wonach sich eine aus Rechtsanwälten und Steuerberatern bestehende gemischte Sozietät auch dem Inkrafttreten des RDG Mandanten gegenüber zur Erbringung anwaltlicher Dienstleistungen verpflichten konnte.

69 BGH (Fn. 1) Rz. 80.

70 BGH (Fn. 1) Rz. 80 unter Bezugnahme auf Sachs MDR 1996, 1197 (1200 f.); *Leisner* NJW 2004, 2340 (2341). Anm. *Kilian/Gindemann* zu OLG Bamberg v. 12.4.2011 – 4 W 9/11, BRAK-Mitt 2011, 302 (303 f.) zur Frage der sozietätsfähigen Berufe von Arzt und Apothekern.

71 BGH v. 17.3.2003 – AnwZ (B) 3/02, NJW 2003, 1527 – Vereinbarkeit der Tätigkeit eines Arztes mit dem Beruf des Rechtsanwalts.

72 BGH (Fn. 1) unter Bezugnahme auf BVerfG v. 4.11.1992 – 1 BvR 79/85 ua, BVerfGE 87, 287 (323) = NJW 1993, 317 = Anm. *Taupitz* in EWiR 1993, 261 – Vereinbarkeit des Anwaltsberufs mit anderen beruflichen Tätigkeiten; BGH v. 16.11.1998 – AnwZ (B) 44–98, NJW-RR 1999, 570 – Unvereinbarkeit einer Anstellung als Anwalt im öffentlichen Dienst mit dem Anwaltsberuf.

73 BGH (Fn. 1) unter Bezugnahme auf BGH v. 7.11.1960 – AnwZ (B) 2/60, BGHZ 33, 266 (268) = NJW 1961, 216 – Zulassung als Syndikus-anwalt.

63 BGH (Fn. 1) Rz. 72.

64 BGH (Fn. 1) Rz. 73.

65 BGH (Fn. 1) Rz. 76.

66 BGH (Fn. 1) Rz. 77.

67 BGH (Fn. 1) Rz. 77 unter Bezugnahme auf BVerfG v. 14.7.1987 – 1 BvR 362/79, BVerfGE 76, 196 (206) = Anm. *Michalski* in EWiR 1987, 1203 – zum anwaltlichen Werbeverbot.

Mindestmaß an Unabhängigkeit und Professionalität des Rechtsanwalts gesichert werden⁷⁴ – was das BVerfG⁷⁵ für erforderlich erachtet, um die Figur eines reinen „Feierabend-Anwalts“ auszuschließen und die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“ nicht zu einem bloßen Titel degenerieren zu lassen.

Liegen die genannten Voraussetzungen jedoch vor, könnten beide Berufe auch nebeneinander ausgeübt werden. Gleiches gilt für den artverwandten Beruf des Steuerberaters.

5.1.2 Völliger Ausschluss aller Gesellschaftsformen

Für nicht in § 56 Abs. 1 StBerG genannte verkammerte Berufe besteht auch keine Möglichkeit einer gemeinsamen Berufsausübung: „Der Gesetzgeber stellt also für eine solche interprofessionelle Gesellschaft keine Rechtsform zur Verfügung.“⁷⁶

5.2 Zulässige Beschränkung der Vereinigungsfreiheit durch § 56 Abs. 1 StBerG?

Die Vereinigungsfreiheit wird in Art. 9 Abs. 1 GG vorbehaltlos gewährleistet. Gleichwohl gilt auch sie nicht schrankenlos. Vielmehr ist eine Einschränkung zum Schutz kollidierenden Verfassungsrechts möglich.⁷⁷ Als kollidierendes Verfassungsrecht könnte das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG in Betracht kommen. Dieses umfasst auch die Funktionsfähigkeit der (Steuer-) Rechtspflege.⁷⁸ Wie jedoch bereits ausgeführt, sind Gefahren für die (Steuer-) Rechtspflege nicht erkennbar. Sollten solche – im Einzelfall – tatsächlich einmal virulent werden, kann diesen aber auch mit anderen, dh mildereren Mitteln als mit einem so weitreichenden Verbot, wie in § 56 Abs. 1 StBerG normiert, begegnet werden.⁷⁹

6. Verstoß des Kooperationsverbots des § 56 Abs. 1 StBerG gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG?

Das Sozietätsverbot des § 56 Abs. 1 StBerG unter Beschränkung auf die dort enumerativ gelisteten Freien Berufe begründet auch einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Warum ist es Steuerberatern nur gestattet, sich mit anderen Steuerberatern und Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern, vereidigten Buchprüfern, Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer und der Patentanwaltskammer (sowie beschränkt auf die anwaltliche Berufsausübung auch mit Anwaltsnotaren) zur gemeinschaftlichen Berufsausübung im Rahmen der eigenen beruflichen Befugnisse zu verbinden – nicht jedoch mit Berufsträgern der gleichermaßen verkammerten Ärzte- oder Apothekerschaft?

74 BGH (Fn. 71).

75 BVerfG (Fn. 72) (323) – Vereinbarkeit des Anwaltsberufs mit anderen beruflichen Tätigkeiten.

76 BGH (Fn. 1) Rz. 81.

77 BVerfG v. 26.5.1970 – 1 BvR 83, 244, 345/69, NJW 1970, 1729 (1730).

78 BGH (Fn. 1) Rz. 82.

79 BGH (Fn. 1) Rz. 82.

6.1 Reichweite des allgemeinen Gleichheitssatzes

Der allgemeine Gleichheitssatz trifft die Vorgabe, dass der Gesetzgeber im Interesse der Verhinderung einer ungerechtfertigten Verschiedenbehandlung von Personen wesentlich Gleiches gleich behandeln muss und wesentlich Ungleiches auch ungleich behandeln darf.⁸⁰ Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum erfährt umso engere Grenzen, „je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn“ ... (wie bei einer Anknüpfung an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe) „der Schutzbereich der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübung beeinträchtigt ist“.⁸¹ Das BVerfG⁸² bejaht einen Gleichheitsverstoß, wenn in einer Gesetzesnorm eine Gruppe von Normadressaten bzw. -betroffenen gegenüber einer anderen eine unterschiedliche Behandlung erfährt, obwohl zwischen den Gruppen (Steuerberater versus Ärzte oder Apotheker) „keine Unterschiede von solcher Art oder solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen“.⁸³

6.2 Anwendung des Gleichheitssatzes auf § 56 Abs. 1 StBerG

Ebenso wie im analogen Fall des § 59a Abs. 1 BRAO sind im Hinblick auf § 56 Abs. 1 StBerG keine sachlichen Gründe erkennbar, die eine ungleiche Rechtsfolge – dh eine Differenzierung der in § 56 Abs. 1 StBerG bereits aufgelisteten verkammerten Berufe und den gleichermaßen einem Kammerzwang unterliegenden Ärzten und Apothekern – zu rechtfertigen vermögen.

Dies bestätigt auch ein Blick auf das affine Berufsrecht der Wirtschaftsprüfer. § 44b Abs. 1 WPO bestimmt hier, dass Wirtschaftsprüfer ihren Beruf mit natürlichen und juristischen Personen sowie mit Personengesellschaften gemeinsam örtlich und überörtlich in Gesellschaften bürgerlichen Rechts (Sozietäten) gemeinsam ausüben dürfen, die

- der Berufsaufsicht einer Berufskammer eines Freien Berufs im Geltungsbereich der WPO unterliegen und
- ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO haben.

§ 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO listet enumerativ eine ganze Reihe von Freien Berufen auf, die zur Zeugnisverweigerung berechtigt sind: Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberater und Steuerbevollmächtigte, *Ärzte*, Zahnärzte, Psychologen, Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, *Apotheker* und Hebammen über das, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden oder bekanntgeworden ist.

80 BGH (Fn. 1) Rz. 84.

81 BGH (Fn. 1) Rz. 84 unter Bezugnahme auf BVerfG v. 12.10.2011 – 2 BvR 236/08, 2 BvR 237/08, 2 BvR 422/08, BVerfGE 129, 208 = BeckRS 2011, 56461; v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08, BVerfGE 121, 317 = NJW 2008, 2409 Rz. 150.

82 BVerfG, 2 BvR 236/08 ua (Fn. 81) Rz. 253; 1 BvR 3262/07 ua (Fn. 81) Rz. 150.

83 BGH (Fn. 1) Rz. 84.

Rechtsanwälten stehen dabei sonstige Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer gleich.

Die Unterschiede zwischen den in § 56 Abs. 1 StBerG gelisteten Berufen und den dort nicht angeführten Ärzten und Apothekern „sind nicht von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie – unter Berücksichtigung des Normzwecks – die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten“. ⁸⁴ Dies liegt darin begründet, dass zumindest Ärzte (in geringem Maße auch Apotheker) vergleichbaren – wenn nicht gar weit höheren – Anforderungen an Berufsausbildung, Berufsrecht und Verkammerung wie Steuerberater unterliegen. ⁸⁵

Für die Wahrung der Unabhängigkeit des Steuerberaters und den Schutz des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Steuerberater und Mandant als letztlich der Regelung des § 56 Abs. 1 StBerG zugrundeliegende Normzwecke spielt es keine Rolle, dass in der Regelung *de lege lata* nur rechtsberatende bzw. wirtschaftsnahe Beratungsberufe benannt werden – Ärzte und Apotheker hingegen im ärztlich-pharmazeutischen Bereich tätig sind. Jedenfalls dann nicht, wenn der Arzt oder Apotheker in der Berufsausübungsgemeinschaft mit dem Steuerberater – im Ausgangsfall dem Rechtsanwalt ⁸⁶ – keine Arztpraxis bzw. Apotheke betreiben möchte, sondern sich auf eine ärztliche bzw. pharmazeutische Beratung (Gutachterstellung) des Steuerberaters beschränken will. In der konkret in Rede stehenden Situation möchte der assoziationswillige Arzt oder Apotheker „nur“ seinen fachlichen Sachverstand in eine solcherart ausgerichtete Berufsausübungsgemeinschaft einbringen. ⁸⁷ „Für das besondere Vertrauensverhältnis ... zum Mandanten und für seine Unabhängigkeit ergibt sich hieraus kein Unterschied.“ ⁸⁸

Zum Berufsrecht der Rechtsanwälte hat der BGH ⁸⁹ hierzu zutreffend konstatiert, dass „im gesetzlich gewährten Schutz des Vertrauensverhältnisses zum Mandanten oder Patienten ... sich die von § 59a BRAO erfassten Berufe – mit Ausnahme des in § 160a Abs. 1 StPO stärker geschützten Verhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant – nicht von denen des Arztes oder des Apothekers“ unterscheiden. Dies gilt entsprechend für den Freien Beruf des Steuerberaters.

7. Fazit

(1) Die verfassungsrechtlichen Vorgaben nach Art. 12 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG lassen die Beschränkung der sozietätsfähigen Freien Berufe in § 56 Abs. 1 StBerG auf die dort normierten als zu restriktiv erscheinen.

(2) Eine Sozietätsfähigkeit des Steuerberaters besteht zumindest auch mit freiberuflich tätigen Ärzten und/oder Apothekern, die in der Sozietät – in der Rechtsform einer GbR

oder einer PartG – keine Arztpraxis bzw. Apotheke zu betreiben gedenken, sondern sich auf eine gutachterliche (beratende) Tätigkeit beschränken wollen.

(3) Das BVerfG hat am 14.1.2014 ⁹⁰ die partielle Nichtigkeit der Regelungen über den Ausschluss von Rechtsanwalts- und Patentanwalts-GmbHs mit Doppelzulassung wegen mangelnder Verhältnismäßigkeit der Berufsausübungsbeschränkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks festgestellt. Uneingeschränkt übertragbar auf die hier interessierende Problemstellung sind die Ausführungen des BVerfG zur „Erforderlichkeit“ des Eingriffs: „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.“ ⁹¹ Was spricht eigentlich dagegen, entsprechend § 56 Abs. 5 StBerG eine weitergehende Kooperation mit verkammerten Freien Berufen zu gestatten – dem Steuerberater aber (wie in der genannten Regelung) die Verpflichtung aufzugeben, die Einhaltung der Berufspflichten zu beachten und ggf., wenn dies nicht gewährleistet werden kann, die Kooperation unverzüglich zu beenden?

(4) Apotheker wie Arzt unterliegen nämlich vergleichbaren – wenn nicht (wie der Arzt) gar weiter gehenden – (öffentlich-rechtlichen) Berufspflichten ⁹² wie der Steuerberater und einer Berufsaufsicht, sind also verkammert. ⁹³

(5) Dass Ärzte und Apotheker im Vergleich zu Steuerberatern kein „überschneidendes oder gar deckungsgleiches Dienstleistungsspektrum“ in Gestalt von Rechts- und Wirtschaftsberatung sowie Wirtschaftsprüfung anbieten, kann keine Rolle spielen ⁹⁴ – warum sollte ein „Steuerberater nicht gemeinsam mit Angehörigen solcher Berufe eine Sozietät eingehen dürfen, deren Tätigkeitsfeld mit dem der Steuerberater keinerlei Berührungspunkte aufweist“? ⁹⁵ *Riddermann* ⁹⁶

⁹⁰ BVerfG (Fn. 58). Dazu im Einzelnen *Singer* vorstehend im Beihefter auf S. 11.

⁹¹ BVerfG (Fn. 58) Rz. 81.

⁹² Ein bloß verbandlicher Ehrenkodex im Sinne privaten Verbandsrechts freier Berufe ist unzureichend, um dem Erfordernis Unterworfenensein unter (öffentlich-rechtliche) Berufspflichten zu genügen, als mit maßgeblichem Kriterium eines freien Berufs, der dem weiter zu ziehenden Kreis kooperationsfähiger Berufe unterfällt: „Ein verbandlicher Ehrenkodex eines Berufs, der keiner staatlichen Berufsaufsicht unterliegt und damit auch die Aufsicht insbesondere zur Sicherung des Standards und der Förderung der Akzeptanz seiner Mitglieder nur intern regeln kann (privates Verbandsrecht), dürfte nach derzeitigem Rechtsverständnis nicht reichen“: so *Riddermann* (Fn. 4), § 56 Rn. 46.

⁹³ Interessant ist der Hinweis von *Riddermann* (Fn. 4), § 56 Rn. 46 vor dem Hintergrund, dass das BVerfG (v. 20.4.1982 – 1 BvR 522/78, NJW 1982, 2487) als Grundlage eines Sozietätsverbots bestimmter Berufe „fehlende Berufspflichten“ und eine „fehlende Berufsaufsicht“ angenommen hat, dass Berufsaufsicht aber nicht notwendig Verkammerung voraussetzen müsse: „In erster Linie ist eine Aufsichtsbehörde im weitesten Sinne nötig, die die Einhaltung von Berufspflichten überwacht.“ Dies könne eine Berufskammer sein, „genau so gut aber auch eine andere staatliche Stelle“.

⁹⁴ Ebenso *Riddermann* (Fn. 4), § 56 Rn. 47.

⁹⁵ *Riddermann* (Fn. 4), § 56 Rn. 47.

⁹⁶ *Riddermann* (Fn. 4), § 56 Rn. 47.

⁸⁴ BGH (Fn. 1) Rz. 86 unter Bezugnahme auf BVerfG v. 8.4.1997 – 1 BvR 48/94, BVerfGE 95, 267 = NJW 1997, 1975; (Fn. 16) (62) – Verfassungswidrigkeit des Sozietätsverbots zwischen Anwaltsnotaren und Wirtschaftsprüfern.

⁸⁵ BGH (Fn. 1) Rz. 86.

⁸⁶ BGH (Fn. 1).

⁸⁷ BGH (Fn. 1) Rz. 86.

⁸⁸ BGH (Fn. 1) Rz. 86.

⁸⁹ BGH (Fn. 1) Rz. 87.

weist im Übrigen darauf hin, dass das Berufsrecht der Steuerberater mit § 50 Abs. 3 StBerG eine Kooperationsmöglichkeit mit Berufsfremden kennt, und zwar in der „allerdings strenger reglementierten Form der Steuerberatungsgesellschaft“.⁹⁷

(6) Es kann dabei keine Rolle spielen, dass „eine Sozietät zwischen einem Steuerberater und einem Arzt oder einem Architekten derzeit ... schwer vorstellbar“ (ist). Wie das anwaltliche Berufsrecht als Ausgangspunkt aller Überlegungen belegt⁹⁸, hat der BGH dort mit überzeugenden Argumenten eine Kooperation zwischen einem Rechtsanwalt und einem Arzt bzw. Apotheker nicht nur als sinnvoll, sondern für eine fachgerechte Beratung der Mandatschaft in arzt- bzw. arzneimittelrechtlichen Problemstellungen sogar als geboten angesehen.

(7) Die einschlägige Fachkompetenz kann dann sowohl auf der Grundlage eines Dienst- oder Werkvertrags mit dem Arzt oder Apotheker für den Rechtsanwalt und dessen Mandatschaft fruchtbar gemacht werden – nach hier vertretener

97 Riddermann (Fn. 4), § 56 Rn. 47.

98 BGH (Fn. 1).

Ansicht aber auch in einer vertieften gesellschaftsrechtlichen Kooperation auf Sozietätsbasis. Eine entsprechende Sozietät ist nicht nur aus fachlicher Sicht geboten, sondern verfassungsrechtlich – wie die Ausführungen des BGH hinreichend belegen, die vom BVerfG in diesem Jahr bestätigt werden dürften – auch statthaft. Jedenfalls dann und soweit Apotheker und Arzt in einer rechts-, steuer- oder wirtschaftsberatenden Sozietät keine Apotheke oder Arztpraxis betreiben, sondern sich auf eine Beratungstätigkeit beschränken.

(8) Sofern das Kooperationsverbot der Anwaltschaft nach § 59a Abs. 1 BRAO beim BVerfG letztlich keinen Bestand haben sollte, ist die korrespondierende Regelung des § 56 Abs. 1 StBerG gleichermaßen obsolet. Eine kleine Ursache – nämlich der Wunsch eines Rechtsanwalts, eine verfestigte Kooperation mit seiner Gattin in einer PartG einzugehen, in der diese allein mit Beratungs- und Begutachtungsaufgaben (aber mit dem Status eines gleichberechtigten Gesellschafters) tätig sein soll – hätte dann weitreichende Konsequenzen gezeitigt. Es leuchtet wenig ein, weshalb die *de lege lata* durch stringente Sozietätsverbote gesicherten Berufspflichten eines Rechtsanwalts oder Steuerberaters nicht gleichermaßen wirksam auf andere Weise gesichert werden können.

Interprofessionelle Zusammenarbeit Freier Berufe im Lichte des verfassungsrechtlichen Kohärenzgebots

Von Prof. Dr. Thomas Mann, Göttingen*

Mit Beschluss vom 14.1.2014¹ hat das BVerfG entschieden, dass berufsrechtliche Regelungen das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzen, soweit sie bei einer zum Zweck der gemeinsamen Berufsausübung von Rechts- und Patentanwälten gegründeten GmbH vorschreiben, dass zugunsten einer der beteiligten Berufsgruppen eine Anteils- und Stimmrechtsmehrheit sowie die Leitungsmacht und Geschäftsführermehrheit bestehen muss, weil ansonsten eine Zulassung als Rechtsanwalts- oder Patentanwalts-gesellschaft zu versagen ist. Begründet wird dieser Anspruch im Kern mit der Annahme, dass eine multiprofessionale Zusammenarbeit von Freiberuflern nicht untersagt werden darf, wenn die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Berufsausübung auch mit mildereren Mitteln gesichert werden kann, indem der einzelne Berufsträger insoweit in die Pflicht genommen wird.²

* Prof. Dr. Thomas Mann ist Professor für öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, an der Georg-August-Universität in Göttingen.

1 BVerfG v. 14.1.2014 – 1 BvR 2998/11 u. 1 BvR 236/12, DStRE 2014, 755 = DStR 2014, 670 f. mAnm Kämmerer und Hensler EWiR 2014, 203 f.

2 Hier zeigt sich eine auffallende Parallelität in der Argumentation zur „Mitteilung der Kommission ... zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie. Eine Partnerschaft für neues Wachstum im Dienstleistungssektor 2012-2015“, Commission Staff Working Document SWD (2012) 148 final v. 8.6.2012, wo auf Seite 11 in Frage gestellt wird, ob Anforderungen an die Rechtsform und die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen noch notwendig sind, wenn bereits andere Vorkehrungen zum Schutz der Unabhängigkeit des Berufsstandes und zur Gewährleistung qualitativ hochwertiger Dienstleistungen bestehen.

Inwieweit ist aber nun der Gesetzgeber auch gehalten, das Berufsrecht vergleichbarer anderer Freier Berufe zu ändern, soweit dieses die Zulassung oder Anerkennung einer interprofessionellen Kapitalgesellschaft noch davon abhängig macht, dass der spezifisch geregelten Berufsgruppe die Mehrheit der Gesellschaftsanteile, Stimmrechte oder Geschäftsführer oder etwa die verantwortliche Leitung zusteht? Diese Frage erhält besondere Bedeutung vor dem Hintergrund des derzeit durchgeführten Monitorings der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie (DLRL)³ in den Mitgliedstaaten.⁴ Soweit Art. 25 und Art. 15 Abs. 2 Buchst. c DLRL das Ziel verfolgen, berufsrechtliche Restriktionen multidisziplinärer Zusammenarbeit zur Sicherung der Dienstleistungsfreiheit auf ein Mindestmaß zu beschränken⁵, rückt das Diktum des EuGH in den Vordergrund, dass die bei der Beschränkung einer Grundfreiheit verfolgten Ziele von den Mitgliedstaaten durch kohärente Maßnahmen verfolgt werden müssen.⁶ Ist diese Kohärenz berufsrechtlicher Regelungen über ein von der Literatur⁷ formuliertes Desiderat hinaus aber auch ein Gebot des deutschen Verfassungsrechts?

3 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EU 2006 Nr. L 376/36.

4 Zu den Ergebnissen des zwischen 2006 und 2009 in den Mitgliedstaaten durchgeführten Normenscreenings vgl. den Abschlussbericht der Kommission, o. Fn. 2, SWD (2012) 148 final v. 8.6.2012.

5 Schmidt-Kessel in Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 25 Rn. 4; ausführlich zu diesen Vorschriften Kämmerer in diesem Beihefter auf S. 33.

6 Vgl. nur EuGH v. 19.5.2009, C-531/06, *Kommission/Italien*, Slg. 2009 I-4138 = BeckRS 2009, 70534 Rn. 65 ff.

7 Kämmerer, Gutachten H zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, 74.

1. Das Kohärenzkriterium als unionsrechtlicher Topos

Seine Karriere in der juristischen Diskussion verdankt das Kohärenzprinzip nicht zuletzt seiner normativen Verankerung im Europarecht. Einen ersten primärrechtlichen Ausdruck hatte der Kohärenzgedanke durch das Vertragswerk von Maastricht im seinerzeitigen Art. A Abs. 3 S. 2 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) gefunden. Danach war der Europäischen Union die Aufgabe zugewiesen, „die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen ihren Völkern kohärent und solidarisch zu gestalten“. Eine exponiertere Stellung hat das Kohärenzprinzip durch den Vertrag von Lissabon erhalten, der in Art. 7 AEUV die Union verpflichtet, „auf die Kohärenz zwischen ihrer Politik und ihren Maßnahmen in den verschiedenen Bereichen“ zu achten und damit in erster Linie auf eine inhaltlich abgestimmte, konsistente Zielverwirklichung durch die Rechtsetzung abzielt.⁸ Mag das Kohärenzgebot auch erst durch diese Lissabon-Fassung des Art. 7 AEUV zu einem bedeutenden Rechtsgestaltungsprinzip der Union geworden sein⁹, so hat es als Rechtfertigungsgrenze jedoch schon früher Eingang in die Judikatur des EuGH gefunden. Spätestens¹⁰ seit dem Urteil in der Rechtssache *Gambelli*¹¹ verlangt der EuGH, dass die Beschränkung einer Grundfreiheit auch geeignet sein muss, die Verwirklichung der von den Mitgliedstaaten geltend gemachten Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Zielerreichung beitragen. Mit dem Urteil *Hartlauer*¹² schließlich etablierte der Gerichtshof diese Kohärenzprüfung als ein allgemeines Erfordernis im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, das auf der ersten Stufe der Prüfung (Geeignetheit) zu verorten ist.¹³

2. Das Kohärenzgebot im deutschen Recht

Anders als im Unionsrecht ist ein Kohärenzgebot im deutschen Verfassungsrecht nicht ausdrücklich normiert. Ob daraus gefolgert werden kann, es stelle eine alleinige Schöpfung des Unionsrechts dar¹⁴, soll nachfolgend untersucht werden. Auffallend ist in der Tat, dass das Kohärenzgebot in der deutschen Judikatur erst in jüngerer Zeit durch eine Reihe von Urteilen zum deutschen Glücksspielrecht¹⁵ einen be-

achtlichen Bedeutungszuwachs erhalten hat. Möglicherweise ist es aber nur der Begriff der Kohärenz, der den Neuigkeitswert im deutschen Recht ausmacht, wohingegen der sachliche Inhalt des Kohärenzgebotes bereits seit längerem Anerkennung gefunden haben könnte.

2.1 Bedeutung des Begriffs der Kohärenz

Zur Verifizierung dieser These ist es erforderlich, zunächst den Begriff der Kohärenz näher zu beleuchten. Vom lateinischen Wortstamm ausgehend besitzt das Wort „cohaerere“ bzw. „cohaerentia“ weitläufige Bedeutungsfacetten, die sich von bloßen „Zusammenhängen mit anderen Dingen“ bis hin zu „Verbundensein“ erstrecken.¹⁶ Betrachtet man allerdings die spezifische juristische Bedeutung des Begriffes Kohärenz, so verengt sich die Bedeutung auf das konzeptionelle und inhaltliche Aufeinanderbezogenensein von Rechtssätzen und Realakten, das nach einem „sinnbildenden Zusammenhang“¹⁷ bzw. einer „systemischen Abgestimmtheit“¹⁸ verlangt. Das Kohärenzgebot wird somit zu einer Forderung nach konzeptioneller Stimmigkeit von Einzelmaßnahmen, wobei es keine absolute Widerspruchsfreiheit einfordert, sondern dem Gesetzgeber einen Spielraum eröffnet, um einen bestimmten Lebensbereich auch über die Zeit hinweg unterschiedlich zu regeln; die gesetzliche Ausfüllung dieser Spielräume hat hierbei jedoch im Lichte der Gesamtzielsetzung zu erfolgen.¹⁹ Im Kern geht es also darum, bei der Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt, insbesondere bei der Gesetzgebung, Widersprüche zu vermeiden.²⁰ So ist es etwa einem Mitgliedstaat der EU aufgrund einer dann entstehenden Widersprüchlichkeit wegen Verstoßes gegen das Kohärenzprinzip untersagt, sich auf die Rechtfertigung einer die Grundfreiheiten beschränkenden Maßnahme zu berufen, wenn er die in Frage stehende Maßnahme gleichzeitig, wenn auch verdeckt, duldet oder fördert.²¹

2.2 Kohärenz und deutsches Verfassungsrecht

Mit Blick auf das deutsche Verfassungsrecht ist die Handhabung des Kohärenzgebotes deutlich problematischer, denn strittig sind nicht nur die grundsätzliche Anerkennung eines Prüfungsmaßstabes der Kohärenz, sondern auch seine Lokalisation im Prüfungsaufbau und seine verfassungsrechtliche Verortung.

2.2.1 Anerkennung und Lokalisation im Prüfungsaufbau

In der Judikatur des BVerfG hat die Kohärenz als Rechtsprinzip, soweit ersichtlich, erstmals in der Entscheidung zur Neuregelung des Glücksspielwesens vom 20.3.2009²² eine ausdrückliche Berücksichtigung gefunden, ohne dass das Gericht jedoch näher darauf eingegangen wäre, was im deutschen Verfassungsrecht genau unter dem Kohärenz-

8 Ruffert in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 7 Rn. 3.

9 Vgl. Schorkopf in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 2010, AEUV Art. 7 Rn. 13.

10 Dieterich, Systemgerechtigkeit und Kohärenz, 2014, 741, zeigt die Kontinuitätslinie zu drei noch früheren Urteilen auf, in denen der EuGH allerdings noch nicht ausdrücklich mit dem Kohärenzgedanken operiert.

11 EuGH v. 6.11.2003, C-243/01, *Gambelli ua*, Slg. 2003, I-13076 = NVwZ 2004, 87.

12 EuGH v. 10.3.2009, C-169/07, *Hartlauer*, Slg. 2009, I-1751 = EuZW, 2009, 298 mAnm Rübke.

13 So Frenz EuR 2012, 344 (349); Kilian AnwBl. 2014, 111 (113); deutlich EuGH, *Kommission/Italien*, (Fn. 6) Rn. 65 ff.; vgl. abw. Lippert EuR 2012, 90 (91, 93): Schranken-Schranke.

14 In diesem Sinne Pagenkopf NVwZ 2011, 513 (515).

15 BVerfG v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 = NJW 2006, 1261; v. 20.3.2009 – 1 BvR 2410/08, NVwZ 2009, 1221 ff.; BVerwG v. 1.6.2011 – 8 C 2.10, NVwZ 2011, 1328 ff.; v. 11.7.2011 – 8 C 11.10, BeckRS 2011, 53129 Rn. 43 mAnm Deiseroth, jurisPR-BVerwG 18/2011 Anm. 2; BayVG v. 17.2.2012 – 10 BV 11.482, BeckRS 2012, 52570 Rn. 41.

16 Vgl. nur Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 7. Aufl. 2011, Stichwort Kohärenz.

17 Schorkopf (Fn. 9) Rn. 11.

18 Dieterich (Fn. 10), 208.

19 Vgl. Frenz EuR 2012, 344.

20 Vgl. Leisner, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, 438.

21 Beispiel nach Kilian AnwBl. 2014, 111 (115).

22 BVerfG, 1 BvR 2410/08 (Fn. 15).

gebot zu verstehen ist. Ausdrücklich unter Bezug auf das europäische Kohärenzkriterium hat sich jedoch das BVerwG in einer Entscheidung aus dem Jahr 2010 näher dazu geäußert, wie die erforderliche Kohärenzprüfung zu erfolgen habe.²³ Die nationale Maßnahme müsse dazu geeignet sein, die Verwirklichung eines legitimen Zieles zu gewährleisten, indem sie dieses kohärent und systematisch fördere. Damit verortet also auch das BVerwG den Kohärenzgedanken als ein Element der Geeignetheitsprüfung innerhalb des Übermaßverbotes, was angesichts der mittlerweile langen Erfolgsgeschichte dieses rechtsstaatlichen Instituts unter der Geltung des Grundgesetzes die Frage aufwirft, warum die Kohärenzprüfung bislang anscheinend noch nicht als ein anerkanntes verfassungsdogmatisches Erfordernis etabliert worden ist.

2.2.1.1 Kohärenz als Systemgerechtigkeit

Bei Licht besehen wird man jedoch feststellen müssen, dass das Gebot der Kohärenz in der Vergangenheit durchaus auch im deutschen Verfassungsrecht diskutiert worden ist, nur nicht unter dieser spezifischen Terminologie. Es hat vielmehr der Sache nach unter den Begrifflichkeiten der „Systemgerechtigkeit“ bzw. „Folgerichtigkeit legislativen Handelns“ oder der „Rationalität des Gesetzgebers“ als Argumentationstopos längst Anerkennung in der deutschen Staatsrechtslehre gefunden.²⁴ So taucht gerade im Kontext des Art. 3 GG immer wieder der Gedanke auf, der Gesetzgeber habe sein Handeln an einem Verfassungsgebot der Systembindung bzw. der Systemgerechtigkeit auszurichten. Aufgrund der vom Gesetzgeber zu fordernden Systembindung liege ein Gleichheitsverstoß im Rahmen des Art. 3 GG immer dann vor, wenn der Gesetzgeber in einem Fall (oder mehreren Fällen) ohne sachlichen Grund von eben diesem Regelungssystem abweiche.²⁵ In diesem Sinne hat auch das BVerfG zunächst operiert, wenn es judizierte, dass der Gesetzgeber immer dann, wenn eine Vorschrift ein gesetzliches Regelungssystem durchbreche, zureichende sachliche Gründe dafür aufbieten müsse.²⁶ Später hat es diese Argumentation jedoch restriktiver formulierend auf eine Indizfunktion²⁷ reduziert²⁸ und herausgearbeitet, dass die Systemgerechtig-

keit legislativer Regelungen kein eigenständiger verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab sei, weil ansonsten eine Selbstbindung des Gesetzgebers an seine eigenen Wertungsprinzipien entstehe, die zu einer „Verkrustung“ der Rechtsordnung führe.²⁹ Gleichwohl hat die Rechtsprechung ihre Entscheidungen in einigen Teilrechtsbereichen auch weiterhin an speziell diese Rechtsbereiche prägende Prinzipien – zB Bedürftigkeitsprinzip im Sozialrecht, Nettoprinzip (Leistungsfähigkeitsprinzip) im Steuerrecht³⁰, Tauglichkeitsprinzip im Wehrdienstrecht³¹ – ausgerichtet und postuliert, dass „der normative Gehalt der Gleichheitsbindung ... seine Präzisierung jeweils im Hinblick auf die Eigenart des zu regelnden Sachbereichs“³² erfahre. Gesetzliche Neuregelungen müssen sich daher an den Eigengesetzlichkeiten dieser Prinzipien orientieren, wollen sie verfassungsrechtlich Bestand haben.³³

2.2.1.2 Kritik am Gedanken der Systemgerechtigkeit

Die Literatur ist einer derartigen Systembindung des Gesetzgebers vielfach entgegen getreten. So führt etwa *Uwe Kischel* aus, dass eine Systembindung gerade nicht bestehe, da der Gesetzgeber gleichzeitig mehrere Regelungsziele verfolgen dürfe, welche auf unterschiedliche Weise miteinander in Ausgleich gebracht werden könnten; gerade die Abweichung könne im Einzelfall sachgerecht sein, wohingegen eine strikte Anwendung innerhalb des bereits bestehenden Systems sachwidrig wäre.³⁴ Auch *Franz-Joseph Peine* lehnt ein Verfassungsgebot der Systemgerechtigkeit, soweit es zu einer Systembindung des Gesetzgebers führt, ab, weil es mit dem vielfach betonten Recht der Legislative auf Gestaltungsfreiheit in Konflikt gerate; das Reaktionspotential des Gesetzgebers sei dann umso schwächer, je stärker die Selbstbindungspflicht ausgeprägt sei. Bestenfalls sei die Systemgerechtigkeit eine Argumentationsfigur, die im Sinne von Konsequenz und Folgerichtigkeit beschreiben könne, dass ein Faktum zu einem anderen passe.³⁵ In diesem abgeschwächten Sinne folgert auch *Christian Starck*, dass der Gesetzgeber durch den Gedanken der Systemgerechtigkeit insofern diszipliniert werde, als Durchbrechungen oder Abweichungen von diesem bereits geschaffenen System besonderer verfassungsrechtlich anerkannter Gründe bedürften. Hierbei dürfe jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass es in der Regel mehrere folgerichtige Lösungswege gebe, was gerade den Rahmencharakter der Verfassung ausmache.³⁶ Lege der Ge-

23 BVerwG v. 24.11.2010 – 8 G 13.09, NVwZ 2011, 549.

24 Vgl. beispielsweise nur *Degenhardt*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; *Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985; *Pieroth*, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981; *Kischel* AöR 124 (1999), 174 ff.; *Leisner* (Fn. 20), 235 ff.; *Schwarz*, FS Isensee, 2007, 949 ff.; *P. Kirchhof* in Isensee/Kirchhof, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 181 Rn. 209 ff.; *Payandeh* AöR 136 (2011), 578 ff.; *Dieterich* (Fn. 10).

25 Vgl. *Robbers* DÖV 1988, 749 (755); *Boysen* in v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 88; abgeschwächt *Riifner* in BK-GG, Losebl., Stand: 12/2014, Art 3 Abs. 1 Rn 38; *Heun* in Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 36.

26 Vgl. BVerfG v. 24.1.1962 – 1 BvR 845/58, BVerfGE 13, 331 (341) = NJW 1962, 435; v. 14.3.1963 – 1 BvL 28/62, BVerfGE 15, 313 (318) = NJW 1963, 851; v. 16.2.1965 – 1 BvL 20/64, BVerfGE 18, 366 (372 f.) = NJW 1965, 683; v. 13.12.1966 – 1 BvL 13/65, BVerfGE 20, 374 (377) = NJW 1967, 243.

27 Vgl. BVerfG v. 10.11.1981 – 1 BvL 18/79, 1 BvL 19/77, BVerfGE 59, 36 (49) = NJW 1982, 1273; v. 30.6.1987, 1 BvR 1187/86, BVerfGE 76, 130 (139 f.) = NJW 1987, 2733; v. 11.2.1992 – 1 BvL 29/87, BVerfGE 85, 238 (247) = NJW 1992, 1815; v. 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, 199 (223) = NJW 2010, 1439.

28 Zusammenfassend *Schuppert*, FS Zeidler, 1987, 691 (713 ff.).

29 Deutlich BVerfG v. 9.2.1982 – 2 BvL 6/78, 8/79, BVerfGE 60, 16 (43) = NJW 1982, 2599, hiergegen *Schoch* DVBl. 1988, 863 (878) und *P. Kirchhof* (Fn. 24), § 181 Rn. 214. Vgl. auch BVerfG v. 23.1.1990 – 1 BvL 44/86, 48/87, NZA 1990, 161 (168), wo ausgeführt wird, dass es nicht auf die Abweichung von bestimmten Grundregeln ankomme, sondern die sachliche Rechtfertigung der unterschiedlichen Regelung das ausschlaggebende Kriterium sei.

30 BVerfG v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 (135); v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164 (180).

31 BVerwG v. 19.1.2005 – 6 C 9.04, BVerwGE 122, 331 (335).

32 So BVerfG v. 4.4.2001 – 2 BvL 7/98, BVerfGE 103, 310 (318).

33 Eingehend dazu *Sachs* in Isensee/Kirchhof, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 183.

34 *Kischel* in BeckOK GG, Edition 23 (1.12.2014), Art. 3 Rn. 96.

35 *Peine* (Fn. 24), 16, 314.

36 *Starck* in Mangoldt/Klein/Stark, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Abs. 1 Rn. 45.

setzgeber bei der Regulierung eines Lebensbereichs aber eine Wertentscheidung als maßgebend zu Grunde, so müsse er sich auch in der anschließenden Ausgestaltung an dieser Wertentscheidung messen lassen. Das Kriterium der Systemgerechtigkeit schränke also den gesetzgeberischen Ermessensspielraum dahingehend ein, dass gesetzliche Systeme nicht ohne weiteres aufgebrochen werden können, was insbesondere in solchen Konstellationen von entscheidender Bedeutung sei, in denen mehrere, nebeneinander wirksame Gesetze ein und dieselbe Sache regelten: Die vom Gesetzgeber selbst gewählten Vernünftigkeitkriterien und Wertungen bildeten einen Vergleichstatbestand, an dem sich die einschlägige Einzelnormierung messen lassen müsse. Füge sie sich nicht in das bereits vorhandene System ein, so erscheine sie als systemwidrig, soweit sie nicht auf Gründe gestützt werden könne, die einer Prüfung an Art. 3 Abs. 1 GG standhalten.³⁷ In die gleiche Richtung zielt auch die Argumentation von *Lerke Osterloh*, die den Gedanken der Systemgerechtigkeit als ein vom Gesetzgeber verlangtes „hinreichendes Maß an Folgerichtigkeit einfachgesetzlicher Wertungen“ und als „zwingende Forderung nach hinreichender Wertungs- und Begründungsrationalität“ versteht; der Gesetzgeber werde durch seine eigenen Grundentscheidungen lediglich in dem Maße gebunden, dass gegensätzliche Regelungen, dh solche, die von dem bisherigen System abweichen, zur Rechtfertigung eines folgerichtigen Grundes bedürfen.³⁸

Letztlich ordnen auch *Rudolf Streinz/Tobias Kruis* das Kohärenzkriterium in einer Nähe zum Gleichbehandlungsgebot ein; durch das Kohärenzkriterium solle verhindert werden, dass unterschiedliche legislative Maßnahmen widersprüchlich sind und dadurch eine Unstimmigkeit des Systems entsteht. „Kohärenz ist demnach die Überprüfung einer widerspruchsfreien Zielverfolgung mehrerer Regelungen.“ Im Unterschied zum Gleichbehandlungsgebot, das die Gleichbehandlung ähnlicher Sachverhalte fordere, verlange die Kohärenz „nur“ die Widerspruchsfreiheit ähnlicher Sachverhalte. Ein Gleichbehandlungsgebot stelle demnach „mehr“ dar, als das Kohärenzkriterium verlange.³⁹ Aufbautechnisch verorten auch diese Autoren die Prüfung des (europarechtlichen) Kohärenzkriteriums im Rahmen der Geeignetheitsprüfung.⁴⁰

2.2.2 Verfassungsrechtliche Verortung

Während die staatsrechtliche Literatur sich im Ergebnis damit *cum grano salis* auf der Linie bewegt, die Systemgerechtigkeit oder Folgerichtigkeit legislativen Handelns⁴¹ als Maßstab zu sehen, der im Falle eines Abweichens den Gesetz-

geber zu verstärktem Begründungsaufwand im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nötigt, ist die eigentliche verfassungsrechtliche Verortung des Kohärenzgedankens hingegen nur selten Thema intensiverer Betrachtungen. Das mag daran liegen, dass die insoweit von *Christoph Degenhardt* im Jahre 1976 vorgenommene Grundlegung weitgehende Anerkennung gefunden hat. Er sieht die Funktion des Gesetzgebers gerade darin, durch seine Wertentscheidungen ein normatives System zu gestalten, das geeignet ist, Leitplanken für die Argumentationsfigur der „Einheit der Rechtsordnung“ zu bilden und zeigt verschiedene Ansätze, auf welche verfassungsrechtlichen Grundlagen der Gedanke der Systemgerechtigkeit gestützt werden kann. Hervorzuheben sei insbesondere eine Rückführung auf den aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Grundsatz des Vertrauensschutzes: Hierbei bedeute Vertrauensschutz gegenüber dem Gesetzgeber primär den Schutz privater Dispositionen, welche gerade im Hinblick auf die bestehende Gesetzgebung und damit im Vertrauen auf die Kontinuität der grundlegenden gesetzgeberischen Wertentscheidungen getroffen würden.⁴² In vergleichbarer Weise führt auch *Englisch* das Prinzip der Systemgerechtigkeit auf das Rechtsstaatsprinzip zurück, wobei er aber auf den Grundsatz der widerspruchsfreien Rechtsordnung abhebt; Abweichungen von einem bereits bestehenden widerspruchsfreien System müssten daher stets sachlich hinreichend gerechtfertigt werden, um die Folgerichtigkeit legislativen Handelns zu wahren.⁴³ In Abweichung vom „Mainstream“ der Literatur verwirft demgegenüber *Dieterich* nicht nur alle Versuche, die Systemgerechtigkeit als eigenständige Subkategorie des Rechtsstaatsprinzips oder innerhalb der anerkannten Subkategorien des Rechtsstaatsprinzips zu verankern, sondern er relativiert auch deren Bedeutung für die Anwendung des Art. 3 GG; im Ergebnis sei die Systemgerechtigkeit allein als eine subsidiäre, zusätzliche Kontrollebene innerhalb der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu begreifen.⁴⁴

3. Die Entscheidung des BVerfG zur multiprofessionalen Zusammenarbeit: Notwendigkeit kohärenter Änderungen im Berufsrecht der Steuerberater

Wenn man vor diesem Hintergrund nun Folgerungen aus der Entscheidung des BVerfG vom 14.1.2014⁴⁵ für das Berufsrecht der Steuerberater ziehen will, so ist zunächst festzuhalten, dass der Gedanke der Systemgerechtigkeit nach dem Gesagten für sich genommen keinen selbständigen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab bilden kann. Eine Verfassungsbeschwerde oder eine verwaltungsgerichtliche Klage, die sich gegen eine konkrete Untersagung einer multiprofessionalen Zusammenarbeit von Steuerberatern mit anderen Freien Berufen richtet, könnte also nicht allein auf das Argument inkohärenter Regelungen im Vergleich zum Berufsrecht der Anwälte oder Patentanwälte gestützt werden.

37 *Starck* (Fn. 36), Art. 3 Rn. 54.

38 *Osterloh* in *Sachs*, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 98.

39 *Streinz/Kruis* NJW 2010, 3745 (3747); vgl. auch *Lippert* EuR 2012, 90 (92).

40 *Streinz/Kruis* NJW 2010, 3745 (3747); abweichend *Dederer* NJW 2010, 198 (199): Prüfung bereits bei der Vorfrage nach dem legitimen Zweck, da es bei der Kohärenzprüfung gerade darum gehe, auszuschließen, dass der Mitgliedstaat bei einer Regelung ein illegitimes Ziel verfolge.

41 Der sprachlich präzisere Terminus ist, wie *Dieterich* (Fn. 10), 182 ff., 208 f. nachweist, der Begriff „Systemgerechtigkeit“, doch werden beide Formulierungen, vielleicht auch aus Gründen sprachlicher Varianz, von der Literatur oftmals synonym verwendet.

42 *Degenhardt* (Fn. 24), 68 f.

43 *Englisch* in *Stern/Becker*, Grundrechte-Kommentar, 2009, Art. 3 Rn. 38 f.

44 *Dieterich* (Fn. 10), 323 ff., 403 ff., 544 f.

45 Nachweise oben in (Fn. 1).

Damit ist aber noch nicht viel gewonnen, weil der Gedanke der Systemgerechtigkeit im Falle einer berufs- oder gleichheitsgrundrechtlichen Prüfung der einschlägigen Regeln des StBerG im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf der ersten Stufe der Geeignetheitsfeststellung zur Anwendung kommen wird.

Insofern ist nun von Belang, dass der Aspekt der kohärenten Regelung nicht nur dann eingreift, wenn ein auf einen bestimmten Beruf bezogener Regelungskomplex in sich widersprüchliche oder nicht folgerichtige Regelungen enthält. Allein aus dieser Perspektive ist das Berufsrecht der Steuerberater zwar folgerichtig, weil seine Vorbehalte für die Art und Weise einer Zusammenarbeit mit anderen sozietätsfähigen Berufen nicht zwischen bestimmten Berufsgruppen differenzieren. Der Gesichtspunkt der Kohärenz kann aber auch gleichsam übergreifend zur Anwendung gelangen, wenn im Berufsrecht vergleichbarer Freier Berufe gleiche Ziele verfolgt werden, es aber zu Wertungswidersprüchen zwischen den zur Zielerreichung gewählten Instrumenten kommt. Hierdurch geraten die Vorschriften des StBerG, soweit sie die Zulassung multiprofessionaler Steuerberatungsgesellschaften an die Erfüllung bestimmter gesetzlicher Voraussetzungen knüpfen, unter einen gesteigerten Legitimationszwang; es ist zu fragen, ob diejenigen Überlegungen, die den Gesetzgeber bewogen haben, die bei den Rechts- und Patentanwälten nun für verfassungswidrig erklärten Regelungen vorzusehen, auch den vergleichbaren Bestimmungen im Berufsrecht der Steuerberater zugrunde liegen. Eben nicht zwangsläufig, sondern nur, soweit die gesetzgeberischen Zielvorstellungen kongruent sind, könnten dann auch die entsprechenden Regelungen im Berufsrecht der Steuerberater unter dem Gesichtspunkt der Systemgerechtigkeit beanstandet werden. Wenn diese Regelungen im Berufsrecht der Steuerberater aber durch Spezifika geprägt sind, die über die Erwägungen zum (patent)anwaltlichen Berufsrecht hinausgehen oder von diesen abweichen, könnte die Geeignetheitsfeststellung jedoch auch abweichend von der Bewertung durch das BVerfG erfolgen.

Für diese Überlegungen ist zunächst einmal relevant, dass es in der Entscheidung des BVerfG nicht um die Zulässigkeit bestimmter multiprofessionaler Gesellschaften an sich, also um das „ob“ einer bestimmten Verbindung zweier Berufe, geht – das ist Gegenstand eines dem BVerfG durch den BGH am 16.5.2013 unterbreiteten konkreten Normenkontrollverfahrens⁴⁶ –, sondern das BVerfG nur die Vorschriften über das „wie“ eines solchen Zusammenschlusses für verfassungswidrig hält, also diejenigen Regelungen im Berufsrecht der (Patent)Anwälte, welche für die gemeinschaftliche Berufsausübung in Form einer Berufsgesellschaft die Mehrheit der Gesellschaftsanteile, der Stimmrechte und der Geschäftsführer sowie die verantwortliche Leitung der jeweiligen Berufsgruppe vorbehalten.⁴⁷ Damit sind generelle Überlegungen zur allgemeinen Sozietätsfähigkeit bestimmter Freier Berufe bei dieser Kohärenzbetrachtung auszublenden.

Betrachtet man aber nun die konkreten Vorschriften zur Ausgestaltung der multiprofessionellen Kooperation zwischen sozietätsfähigen Berufen sowie die Zielvorstellungen, die den Gesetzgeber zu den beanstandeten Regelungen im Berufsrecht der Rechts- und Patentanwälte bewogen haben, so zeigen sich jedoch deutliche Parallelen zum Berufsrecht der Steuerberater.⁴⁸ Zunächst einmal finden sich auch dort Regelungen, die mit denen aus dem (patent)anwaltlichen Berufsrecht, die Gegenstand der Entscheidung des BVerfG gewesen sind, vergleichbar sind: Der Grundsatz verantwortlicher Führung als Voraussetzung für die Anerkennung einer Steuerberatergesellschaft findet sich in den §§ 50 Abs. 4 und § 32 Abs. 3 S. 2 StBerG, Kapitalbindungsvorschriften finden sich in § 50a StBerG. Wenngleich andere Regeln im Steuerberatungsgesetz in Teilen sogar weniger streng ausfallen, als in der BRAO – so sind etwa indirekte Beteiligungen zulässig (§§ 50 Abs. 1 S. 3, 50a Abs. 2 StBerG), eine OHG oder KG als Steuerberatungsgesellschaft möglich (§ 49 Abs. 1 StBerG) und bei der Kapitalbeteiligung muss die Mehrheit nicht von Steuerberatern gehalten werden (§ 50a Abs. 1 Nr. 1, 3 und 5 StBerG)⁴⁹ –, so ist doch die Zielrichtung der Vorschriften die gleiche. In beiden Gesetzen sollen die Regeln über das „Wie“ der interprofessionellen Zusammenarbeit einen Schutz davor bieten, dass eine mögliche Einflussnahme Berufsfremder, insbesondere kommerzieller Dritter, unterbleibt und damit die Unabhängigkeit der Berufsträger und die Qualität ihrer Dienstleistung gewahrt bleiben. Insoweit sind also keine Spezifika im Steuerberatungsrecht ersichtlich, die über die Ziele hinausgehen, die der Gesetzgeber im anwaltlichen Berufsrecht verfolgt. Damit ist ein Anwendungsfall für Kohärenzerwägungen eröffnet.

Weil § 72 Abs. 1 StBerG Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer und persönlich haftende Gesellschafter einer Steuerberatungsgesellschaft, die nicht Steuerberater oder Steuerbevollmächtigte sind, „sinngemäß“ an die Kerninhalte des Berufsrechts der Steuerberater bindet, ließe sich mit Blick auf die Steuerberater ebenso wie bei den Anwälten argumentieren, dass eine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Berufsausübung auch mit mildereren Mitteln gesichert werden kann, indem der einzelne Berufsträger insoweit in die Pflicht genommen wird. Es wäre im Sinne des Kohärenzgebotes mithin nicht folgerichtig, wollte der Gesetzgeber die Zulassung multiprofessionaler Steuerberatungsgesellschaften weiterhin von der Voraussetzung einer verantwortlichen Führung abhängig machen.

4. Zusammenfassung

Fasst man die vorangehenden Ausführungen in knappen Thesen zusammen, so lässt sich festhalten:

(1) Die deutsche Staatsrechtslehre und die verfassungsrechtliche Judikatur haben sich mit dem Kohärenzgedanken zwar nicht unter dieser Terminologie, aber doch in sachlicher Hinsicht bereits seit längerem auseinandergesetzt.

⁴⁶ BGH v. 16.5.2013 – II ZB 7/11, NJW 2013, 2674 Rn. 52 ff. Ausführlich hierzu Ring in diesem Beihefter auf S. 20.

⁴⁷ Vgl. § 59e Abs. 2 S. 1, § 59f Abs. 1 S. 1 und S. 2 BRAO sowie §§ 52e Abs. 2 S. 1, 52f Abs. 1 S. 1 PAO.

⁴⁸ Für eine Übertragbarkeit auch Römermann NZG 2014, 481 (487); Glindemann AnwBl. 2014, 214 (219); Kämmerer DStR 2014, 670 f., Ost DStR 2015, 442.

⁴⁹ Zu diesen Regelungen näher Singer in diesem Beihefter auf S. 11, und Kämmerer in diesem Beihefter auf S. 33.

(2) Nachdem die „Systemgerechtigkeit“ bzw. „Folgerichtigkeit legislativen Handelns“ insbesondere von der Verfassungsrechtsprechung ursprünglich als eigenständiger Prüfungsmaßstab im Sinne einer Selbstbindung des Gesetzgebers gehandhabt wurde, werden Durchbrechungen der Systemgerechtigkeit mittlerweile überwiegend nur noch abgeschwächt als mögliches Indiz für einen Gleichheitsverstoß verstanden, der einen höheren Legitimationsbedarf für die betroffene Regelung nach sich zieht.

(3) Innerhalb der verfassungsrechtlichen Prüfung wird dieses Legitimationserfordernis auch im deutschen Verfassungsrecht argumentativ überwiegend in die Verhältnismäßigkeitsbetrachtungen (legitimer Zweck/Geeignetheit) integriert, wenngleich seine eigentliche verfassungsrechtliche Lokalisation bei theoretischen Betrachtungen zumeist in Subkategorien des Rechtsstaatsprinzips gesucht wird.

(4) Das Berufsrecht der Steuerberater ist für sich genommen kohärent, weil seine Vorbehalte für die Art und Weise

einer Zusammenarbeit mit anderen sozietätsfähigen Berufen nicht zwischen bestimmten sozietätsfähigen Berufsgruppen differenzieren.

(5) Ein Blick auf die Kohärenz im Berufsrecht der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe insgesamt zeigt, dass allen Vorschriften zur Ausgestaltung multiprofessioneller Kooperationen zwischen sozietätsfähigen Berufen dieselbe Zielrichtung (Schutz vor Kommerzialisierung, Sicherung von Unabhängigkeit und Qualität der beruflichen Leistungserbringung) zugrunde liegt. Vor dem Hintergrund der Argumentationslinie des BVerfG wäre es im Sinne des Kohärenzgebotes nicht folgerichtig, wollte der Gesetzgeber künftig nur die Zulassung multiprofessionaler Steuerberatungsgesellschaften von der Voraussetzung einer verantwortlichen Führung abhängig machen. Derartige Sonderregeln im Berufsrecht der Steuerberater lassen sich nicht hinreichend durch steuerberatungsspezifische Sachgründe legitimieren.

Interprofessionelle Zusammenarbeit und europarechtliche Kohärenz

Von Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, Hamburg*

Interprofessionelle (alias multiprofessionelle oder multidisziplinäre) Zusammenarbeit von und mit Freiberuflern ist keine Randerscheinung mehr, sondern folgt einem sich aus fachlicher Synergie, Kostendruck und internationaler Konkurrenz speisenden Bedürfnis.¹ Bei beratenden Berufen, deren Tätigkeitsspektrum sich teilweise überschneidet, liegt dies auf der Hand. Inwieweit der Versuch, mit Hilfe von BGH und BVerfG auch Partnerschaften oder gar Berufsausübungsgesellschaften zwischen Rechtsanwälten einerseits und Ärzten bzw. Apothekern zu begründen², einem wirklichen Bedürfnis oder nur der Lust entspringt, wider den Stachel zu löcken, ist unklar. Regeln, welche die Verbindung von Freiberuflern unterschiedlicher Sparten zur Berufsausübung noch immer verbieten oder doch stark einschränken, werden von Beteiligten jedenfalls zunehmend als Gängelung empfunden. Grenzen setzt weniger das Gesellschaftsrecht – man denke an den sehr umfassenden Katalog des § 1 Abs. 2 PartGG – als das auf die beteiligten Berufe anwendbare Berufsrecht. Je mehr Disziplinen am Zusammenschluss beteiligt sind, desto höher werden die Hürden, weil in aller Regel dann das strengste Berufsrecht den Takt vorgibt. Zusammenarbeit ist nur dann möglich, wenn sich die berufsrechtlichen Regime nicht widersprechen oder positive Kompetenzkonflikte nicht ausgelöst werden.³ Das deutsche Recht setzt interprofessionellen Kooperationen noch immer Grenzen, die in aller Re-

gel mit der Wahrung der Unabhängigkeit der Berufsträger und der Qualität der zu erbringenden Dienste begründet werden.⁴ Mit seinem Beschluss vom 14.1.2014⁵ beseitigte das BVerfG nun allerdings Berufsträgervorbehalte, welche die BRAO und die PAO nahezu gleichlautend statuierten, und gestattete grundsätzlich das Auftreten ein und derselben Berufsausübungsgesellschaft unter mehreren Denominationen – als Rechtsanwaltsgesellschaft ebenso wie als Patentanwaltsgesellschaft. Auch das Europarecht nimmt Beschränkungen interprofessioneller Zusammenarbeit in die Zange. Der Abschlussbericht der Kommission⁶ zur Dienstleistungsrichtlinie (DLRL) liegt seit 2012 vor. Ein sich selbst verstärkender Deregulierungsprozess im Wechselspiel von Verfassungs- und Unionsrecht, der nach und nach auf andere Freie Berufe übergreift, ist wahrscheinlich.

1. Begriff und Gegenstand interprofessioneller Kooperation

Zunächst bedarf der Begriff der interprofessionellen Kooperation einer Klärung. Das deutsche und das europäische Recht haben, wie zu zeigen sein wird, keinen identischen Blickwinkel. Die bereits erwähnte Entscheidung des BVerfG betrifft primär das „Wie“ der Kooperation, also gesellschaftliche Beteiligung, Geschäftsführung und Leitungsmacht. Denn deutsche berufsrechtliche Regime formulieren grundsätzlich ein Mitwirkungsgebot: Als Freiberufler darf an einem gesellschaftlichen Zusammenschluss – Gesellschaft von Freiberuflern – in aller Regel nur beteiligt sein, wer den Be-

* Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Bucerius Law School in Hamburg.

1 So bereits Michalski/Römermann NJW 1996, 3233; Pluskat DStR 2004, 58 (63 f.), jeweils auch schon mit verfassungsrechtlichen Bedenken.

2 Vgl. BGH v. 16.5.2013 – II ZB 7/11, DStRE 2013, 1521= DStR 2013, 1856 mAnm Singer.

3 Prinzip der Meistbelastung; vgl. – wenn auch für einen etwas anderen Kontext – Maxl in Kuhls ua, StBerG, 3. Aufl. 2011, § 56 Rn. 66, zit. nach Henssler, Die interprofessionelle Zusammenarbeit in der Sozietät, VI 1, <http://www.wpk.de/pdf/Henssler.pdf>; Gladys DStR 2014, 445.

4 Vgl. mwN: Kämmerer, Die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung, Gutachten H zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, 31 f. („Regulierungsmatrix“).

5 BVerfG v. 14.1.2014 – 1 BvR 2998/11, 1 BvR 236/12, DStRE 2014, 755= DStR 2014, 669 mAnm Kämmerer.

6 Mitteilung der Kommission [...] zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie. Eine Partnerschaft für neues Wachstum im Dienstleistungssektor 2012-2015, SWD(2012) 148 final.

ruf darin auch aktiv ausübt.⁷ Die angerissenen Fragen sind also aus Sicht des deutschen Rechts – wenn man so will – kooperationsakzessorisch. Das Europarecht hingegen trennt inhaltlich und terminologisch zwischen Zusammenarbeit auf der einen und Beteiligung auf der anderen Seite. Für die eine Seite steht Art. 15 Abs. 2 Buchst. c, der ein Prüfungsgebot (Normenscreening) für Anforderungen an die Beteiligung an Berufsausübungsgesellschaften statuiert. Die Mitgliedstaaten sind angehalten, sich selbst zu vergewissern, ob ihre Vorgaben den soeben umrissenen grundfreiheitlichen Maßstäben entsprechen – und sie notfalls zu ändern.⁸ Auf der anderen Seite findet sich – im Abschnitt über „Qualitätssicherung“ – Art. 25 DLRL, der auf die „gemeinschaftlich[e] oder partnerschaftlich[e] Ausübung unterschiedlicher Tätigkeiten“ anwendbar ist, die nicht ohne wichtigen Grund beschränkt werden darf. Zum Verhältnis beider Regeln zueinander – Exklusivität, Spezialität oder Idealkonkurrenz? – erklärt sich die Richtlinie nicht. Die Kommission hält die Regelungsgegenstände beider Vorschriften offenbar für different. Demnach regelt Art. 25 nur die effektive sachliche Zusammenarbeit, gilt also für den Fall, dass Personen im Wortsinne „zusammen arbeiten“.⁹ Art. 15 Abs. 2 Buchst. c DLRL würde dann die gesellschaftliche Beteiligung unabhängig davon erfassen, ob eine Kooperation in der Sache stattfindet. Beide Vorschriften haben damit zwar einen sachlichen Überschneidungsbereich. Ob aber – und wo – ein Verbot der gesellschaftlichen Beteiligung mit einem solchen der Mitwirkung einhergeht, ob der Rechtfertigungsmaßstab dann aus Art. 15 Abs. 3 oder Art. 25 DLRL abzuleiten ist, ist eine von mehreren Fragen, die an das Europarecht gestellt werden müssen und in diesem Beitrag später behandelt werden.

Für die folgende Betrachtung empfiehlt sich ein induktiver Ansatz. Unter dem Rubrum der interprofessionellen Kooperation sollen hier alle Arten von Verbindungen unterschiedlicher Freiberufler (und anderer) behandelt werden, die auf Berufstätigkeit abzielen, also nicht zuletzt auch Gesellschaftsbeteiligungen. Dies scheint schon deshalb opportun, weil in der Januar-Entscheidung des BVerfG die Modi der Zusammenarbeit im Mittelpunkt standen, nicht die (unbestrittene) grundsätzliche Zulässigkeit einer beruflichen Verbindung von Rechts- und Patentanwälten in einer gemeinsamen Berufsausübungsgesellschaft. Anders verhält es sich bei der derzeit beim BVerfG anhängigen BGH-Vorlage¹⁰, welche die Zulässigkeit der Verbindung bestimmter Freiberufler (hier Rechtsanwälte und Vertreter von Heilber-

rufen) als solcher zum Gegenstand hat. § 59a BRAO, der vom Verfassungswidrigkeitsverdikt der ersten Entscheidung nicht erfasst ist, erlaubt Rechtsanwältin die gemeinschaftliche Berufsausübung nur mit den „sozietätsfähigen“ Berufen (Patentanwälte, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer), mit Ärzten und Apothekern aber bis jetzt nicht.

2. Rechtsgrundlagen und -maßstäbe

Die Rechtmäßigkeit von Beschränkungen multidisziplinärer Verbindungen lässt sich – verfassungs- wie europarechtlich – auf drei Ebenen betrachten, die sich teilweise überschneiden. Auf unionsrechtlicher Ebene, der sich dieser Beitrag vornehmlich widmet, existieren – anders als auf staatsrechtlicher – bislang keine einschlägigen Judikate. Insofern soll untersucht werden, ob im Europarecht ähnliche Prüfungs- und Rechtfertigungsanforderungen gelten wie im deutschen innerstaatlichen Recht.

2.1 Die klassische freiheits- bzw. abwehrrechtliche Ebene

Durch Restriktionen interprofessioneller Zusammenarbeit wird in die grundrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit eingegriffen, die – wo es um institutionalisierte Verbindungen geht – zudem mit Art. 9 Abs. 1 GG in Idealkonkurrenz stehen kann. Die Januar-Entscheidung des BVerfG über Rechts- und Patentanwaltsgesellschaften¹¹ gründet allein auf Art. 12 Abs. 1 GG, und auch bei der mit gewisser Spannung erwarteten Normenkontrollentscheidung über die BGH-Vorlage betreffend Kooperationen von Rechtsanwältin mit Vertretern von Heilberufen wird diese Vorschrift im Mittelpunkt stehen. Diese erwartete Entscheidung betrifft, anders als die bereits ergangene, das „Ob“ einer Zusammenarbeit. Da das Unionsrecht in berufsrechtlichen Fragen und insbesondere bei der interprofessionellen Kooperation den Mitgliedstaaten Regelungsspielräume belässt, sind – nach der Judikatur des BVerfG, die zwischen den Anwendungsbereichen der Grundrechtssphären scharf trennt¹² – im wesentlichen deutsche Grundrechte anwendbar. Folgt man hingegen dem EuGH, ist eine (in diesen Fällen parallele) Anwendung der Unionsgrundrechte – hier Art. 15, 16 Grundrechtecharta (GRCh) – in Betracht zu ziehen (vgl. Art. 51 Abs. 1 GRCh).¹³ Die Streitfrage soll, da die Anwendung dieser Unionsgrundrechte im Ergebnis kaum andere Befunde nahelegen wird, hier nicht weiterverfolgt werden.

Abwehrrechte sind auch die Grundfreiheiten, von denen hier vor allem die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff. AEUV) betroffen ist. Die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV)

7 Vgl. § 59e Abs. 1 S. 2 BRAO (vom BVerfG nicht aufgehoben); dazu etwa *Bormann* in Gaier/Wolf/Göcken (Hrsg.), *Anwaltliches Berufsrecht*, 2010, BRAO § 59e Rn. 13 ff. Gleiches gilt auch für die PartG; vgl. etwa *Kilian* in Seibert/Kilian (Hrsg.), *PartGG*, 2012, § 1 Rn. 3. Im StBerG fehlen vergleichbare Bestimmungen.

8 Vgl. nur *Cornils* in Schlachter/Ohler (Hrsg.), *Europäische Dienstleistungsrichtlinie*, 2008, Art. 15 Rn. 1 und Art. 39 Rn. 6.

9 Commission Staff Working Document ((SWD)2013 final) on the outcome of the peer review on legal form, shareholding and tariff requirements under the Services Directive Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on Evaluating national regulations on access to professions (COM(2013) 676 final), 17. Vgl. auch *Henssler* AnwBl. 2009, 1 (7); *Kämmerer* (Fn. 4), 73.

10 S. oben (Fn. 2).

11 S. oben (Fn. 5).

12 Vgl. etwa BVerfG v. 13.3.2007 – 1 BvF 1/09, BVerfGE 118, 79 (95 ff.).

13 Ausführlich dazu *Thym* NVwZ 2013, 889; EuGH v. 26.2.2013 – C-617/10, *Åkerberg Fransson*, NJW 2013, 1415 Rn. 16 ff., jetzt allerdings einschränkend EuGH v. 6.3.2014 – C-206/13, *Siragusa*, NVwZ 2014, 575 Rn. 26. Für Anwendung europäischer Grundrechte – aber zu undifferenziert und daher wenig überzeugend – auf Tätigkeiten der Notare(!) *Heinz/Ritter* EuZW 2009, 599 (601).

kann ebenfalls betroffen sein¹⁴, insbesondere wo jemand nur in eine Kapitalgesellschaft investieren, aber nicht als Freiberufler tätig sein will. Dienstleistungs- und vor allem Niederlassungsfreiheit werden, was die hier interessierenden Fragen betrifft, durch die DLRL teilweise weiter ausgestaltet. Vor allem Art. 15 Abs. 2 Buchst. c und 25 DLRL („multidisziplinäre Kooperation“) sind von Bedeutung. Die Richtlinie transponiert weitgehend nur die Anforderungen des Primärrechts in ein Prüfverfahren, nur am Rande werden eigenständige (De-)Regulierungsvorgaben aufgestellt.¹⁵ Die Sichtung (Screening) der nationalen Rechtsregeln wird sich nach der Novellierung der Berufsqualifikationsrichtlinie (2013)¹⁶ unter dem Signet der „Transparenz“ wiederholen, da keineswegs nur Berufszugangsvorschriften, sondern auch andere Beschränkungen nochmals auf den Prüfstand kommen.¹⁷ EuGH-Judikatur zur DLRL existiert (mit einer, für den hier erörterten Gegenstand aber nicht einschlägigen Ausnahme¹⁸) noch nicht, zumal das Rechtsbereinungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Die ältere, vor der DLRL ergangene Entscheidung *Wouters*¹⁹ zur interprofessionellen Zusammenarbeit unter Freiberuflern ist aufgrund der Fortentwicklung des Rechts und wegen seines Bezugs auf eine damals spezielle Marktsituation obsolet geworden.

2.2 Die Gleichheitsebene

Soweit und solange die Zulässigkeit einer Zusammenarbeit mit Vertretern anderer Berufe im Berufsrecht jedes einzelnen der vertretenen Berufe geregelt ist, wird die Widerspruchsfreiheit dieser Berufsrechte zu einem zentralen Thema. Mit der Durchsetzung des jeweils strengsten Berufsrechts (die den Konflikt zumindest löst) kann es nicht sein Bewenden haben. Auch dann müssen die Regelungen und ihr (Nicht-)Zusammenspiel europa- und verfassungsrechtlichen Standards genügen. Sowohl das Verfassungs- als auch das Europarecht kennen einen allgemeinen Gleichheitssatz; Art. 3 Abs. 1 GG findet sein Pendant in Art. 18 AEUV und Art. 20 GRCh. Ob deutsche oder europäische Gleichheitssätze zur Anwendung kommen, bestimmt sich wie bei den Freiheitsrechten danach, ob das Europarecht den Mitgliedstaaten bei

der Umsetzung einer Vorgabe noch Spielraum lässt oder nicht.²⁰ So oder so: Soweit Berufe gleichartig sind, müssen sie auch gleich behandelt werden, was multidisziplinäre Verbindungen betrifft. Die Qualifikation als „Freier Beruf“ allein mag dafür noch nicht ausreichen; eine Zuordnung zu den rechtsberatenden Freien Berufen legt dies schon eher nahe. Der Gleichheitssatz entfaltet dann zum einen eine reziproke Wirkung: Ist den Vertretern des Berufes A die Zusammenarbeit mit solchen des Berufes B nach dem Berufsrecht von A erlaubt, muss das Berufsrecht von B grundsätzlich auch eine solche Zusammenarbeit gestatten. Die Wirkung kann aber auch eine drittbezogene sein: Erlaubt das Berufsrecht von A die Zusammenarbeit mit C, müsste das Berufsrecht von B dies, wenn es in Kooperationsfragen gleich gelagert ist, auch erlauben. Der BGH hat sich in seiner Vorlage auch auf eine Gleichheitsverletzung berufen: Die Unterschiede zwischen den bisher sozietätsfähigen Berufen hier und Ärzten und Apothekern dort seien angesichts der Ähnlichkeiten bei Berufspflichten, Berufszuschnitt und Berufsorganisation nicht so gewichtig, dass sie eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.²¹ Die Aufarbeitung der BVerfG-Entscheidung vom 14.1.2014 unter dem Gesichtspunkt der Übertragbarkeit auf andere Freie Berufe ist primär ein Freiheitsproblem, wird aber Gleichheitsfragen durchaus aufwerfen können: Darf anderen Professionen unter Gleichheitsgesichtspunkten das verwehrt werden, was Rechts- und Patentanwälten jetzt gestattet ist? Allerdings ist, um dies vorwegzunehmen, die Suche nach dem Tertium comparationis gerade im definitivisch wenig umrissenen Bereich der Freien Berufe heikel und Art. 12 Abs. 1 GG regelmäßig der probatere Prüfungsmaßstab.

2.3 Die Kohärenzebene

Ob Kohärenz rechtsdogmatisch als spezieller Gleichheits- oder als Freiheitsaspekt eingeordnet werden muss, ist sehr streitig.²² Im Verfassungsrecht wird, was im EU-Recht Kohärenz heißt, unter dem Rubrum der Folgerichtigkeit oder Kontinuität behandelt.²³

2.3.1 Adressaten des Kohärenzgebots

Ausdrücklich festgeschrieben ist sie in Art. 7 AEUV nur für die Rechtsetzung der Union. Zunächst ist die Union selbst verpflichtet, bei ihren Maßnahmen Stringenz und Systemgerechtigkeit zu wahren; absolute Stimmigkeit – die in einem komplexen Normensystem ohnehin nicht zu erreichen ist – wird nicht gefordert.²⁴ Mitgliedstaaten werden durch Art. 7 AEUV nur mittelbar gebunden, wo zu „Maßnahmen der Union in den verschiedenen Bereichen“ auch deren Kontrolle der ordnungsgemäßen Umsetzung in den Mitgliedstaaten (durch Kommission und EuGH) zählt. Diesen Überprüfung durch die Union muss ihrerseits in kohärenter Weise erfolgen.

14 Vgl. nur EuGH v. 23.10.2007 – C-112/05, *Kommission/Deutschland*, NJW 2007, 3481 Rn. 19; v. 19.5.2009 – C-531/06, *Kommission/Italien*, BeckRS 2009, 70534 Rn. 46 f.

15 Dazu *Kämmerer* (Fn. 4), 54.

16 Richtlinie 2013/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.11.2013 zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der VO (EU) Nr. 1024/2012 [...], ABl. Nr. L 354, 132 (nachfolgend: BQRL).

17 *Hensler*, Regulierung und Selbstverwaltung der Freien Berufe in Europa, in: DWS-Institut (Hrsg.), *Stellung und Zukunft der Freien Berufe in Europa*, erscheint 2015; *Leisner WiVerw* 2014, 251 (254 ff.), der die zugleich herausgegebene Mitteilung der Kommission „Bewertung der nationalen Reglementierungen des Berufszugangs“ (COM/2013/0676 final) für unions- und verfassungsrechtswidrig erachtet (ibid., S. 258 ff.). Dies kann angesichts der Ubiquität von Leitlinien und Bekanntmachungen im Unionsrecht nicht wirklich überzeugen.

18 EuGH v. 5.4.2011 – C-119/09, *Société fiduciaire*, BeckRS 2011, 80347 Rn. 26 ff.

19 EuGH v. 19.2.2002 – C-309/99, *Wouters*, DStRE 2002, 399 Rn. 98 ff. = DStR 2002, 519 mAnm *Hund*.

20 Vgl. etwa *Borowsky* in Meyer, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art 51 Rn. 24 ff.

21 BGH (Fn. 2) Rn. 86.

22 Für eine primäre Verankerung im Gleichheitskontext etwa *Leisner-Egensperger* DÖV 2013, 534 (538); demgegenüber aber BVerfG v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08, BVerfGE 121, 317 (360 ff.) = NJW 2008, 2409 sowie die Judikatur des EuGH.

23 Dazu ausführlich und mwN *Mann*, in diesem Beihefter auf S. 28.

24 *Schorkopf* in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EU-Kommentar, 51. EL 2013, Art. 7 AEUV Rn. 11.

Ein unmittelbar für Mitgliedstaaten geltendes Kohärenzgebot existiert nur ungeschrieben. Der EuGH führte es 2009 in die Prüfung der Grundfreiheiten ein²⁵ und zieht es seither immer wieder als Prüfungsmaßstab heran.²⁶ Kohärenz erfordert (ebenso wie die verfassungsrechtliche Folgerichtigkeit), dass der Staat bei Beschränkungen von Freiheitsrechten das verfolgte Gemeinwohlziel auf stringentem Wege erreichen muss und die gewählte Strategie nicht durch gegenläufige Ansätze kompromittieren darf. Er darf nicht an einer Stelle Schutzvorkehrungen errichten und sie durch zuwiderlaufende Regeln an anderer Stelle unterminieren. Bei Lichte betrachtet reihen sich hier auch ältere, teils wegweisende Judikate ein – wie zB das „*Cassis de Dijon*“-Urteil²⁷, in dem der Gerichtshof eine Mindestalkoholvorgabe für Liköre in Deutschland mit der Begründung beanstandete, die Berufung auf den Gesundheitsschutz sei auch deshalb nicht stichhaltig, weil Getränke mit geringerem Alkoholgehalt frei im Handel erhältlich seien.²⁸ Besonders Regelungen des Glücksspiels, mit dem sich der EuGH und das BVerfG gleichermaßen beschäftigt haben, werfen immer wieder Kohärenzprobleme auf: Der Staat darf nicht zB privates Glücksspiel weitgehend verbieten, um die Spielleidenschaft einzudämmen, öffentliche Spielbanken aber (etwa durch Subventionen) fördern.²⁸ Während manche die Konvergenz als zusätzliche und eigenständige unionsrechtliche Schranken-Schranke einordnen²⁹, betrifft sie nach überzeugender Ansicht, der sich auch der EuGH angeschlossen hat, die Geeignetheit der Maßnahme, ist also auf der ersten Stufe der Verhältnismäßigkeitskontrolle von Beschränkungen zu untersuchen.³⁰ Der Gerichtshof hat in einer Vielzahl von Urteilen aus den letzten Jahren³¹ die „*Hartlauer*“-Formel, wonach Beschränkungen „in kohärenter und systematischer Weise“ vorgenommen werden müssen, wiederholt. Auch das BVerfG hat – dem EuGH folgend – ua Regelungen über das Automatenenspiel an

dem so umrissenen Kohärenzgebot gemessen; entscheidend sei, dass das Ziel einer Schutzmaßnahme nicht durch gegenläufige Vorgaben für andere Bereiche konterkariert werde. Es dürften keine „Umstände durch entsprechende Vorschriften herbeigeführt oder, wenn sie vorschriftswidrig bestehen, strukturell geduldet werden, die – sektorenübergreifend – zur Folge haben, dass die in Rede stehende Regelung zur Verwirklichung der mit ihr verfolgten Ziele tatsächlich nicht beitragen kann, so dass ihre Eignung zur Zielerreichung aufgehoben wird“.³²

2.3.2 Anforderungen an den Systemzusammenhang

Das Wort „Kohärenz“ hat zwei Bedeutungsebenen: Es lässt sich als „Stimmigkeit“ oder „Stringenz“ verstehen und bezieht sich insoweit auf die mit dem Eingriff und der Beschränkung verbundene Zielverfolgung. Voraussetzung für die Anwendung dieses Maßstabs ist jedoch eine Kohärenz im anderen Sinne des Begriffs, nämlich Zusammenhängen oder Verbundenheit der Regelungsgegenstände (lat. *cohaerere*) oder, nach anderer Formulierung, ein Systemzusammenhang. Nur wenn die betrachteten Regelungen bereichsverbunden sind, kann ihre wechselseitige Stimmigkeit betrachtet werden. Das Verdikt der Inkohärenz ist nur möglich, wenn zwischen Gegenständen – dem konkret betrachteten und einem an anderer Stelle (nicht) geregelten – ein Systemzusammenhang existiert.³³ Für die Freien Berufe bedeutet dies, dass das Kohärenzgebot Geltung beanspruchen kann, wo Berufen bzw. Berufsträgern oder Reglungssachverhalten allgemein ein hinreichendes Maß an „relatedness“ attestiert werden kann. Es liegt nahe, den Systemzusammenhang über die „freie“ Natur der Berufe herstellen zu wollen; nur ist dieser eher deskriptiv als normativ und tritt auf europäischer Ebene weit hinter den Topos der „reglementierten Berufe“ zurück. Ob Kohärenz ihrerseits als Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen herangezogen werden kann, ist unklar.³⁴ Jedenfalls könnte Kohärenz zwischen Freien Berufen Beschränkungen der Kooperation zwischen ihnen niemals rechtfertigen – und weil der Kategorie rechtliche Konturen fehlen, auch schwerlich alle Kooperationsverbote mit (nach deutschem Verständnis) gewerblichen Berufen. Doch selbst als Rechtfertigungsschranke ist Freiberuflichkeit, wenn sie alleiniger Angelpunkt der Kohärenzbetrachtung sein soll, zu allgemein und konturenarm. Der EuGH hat das Kohärenzgebot durchaus auch schon auf berufsrechtliche Bestimmungen angewandt, ohne dabei jedoch die kategoriale Zugehörigkeit zu Freien Berufen bemühen zu müssen, geschweige denn zu wollen. Im Schrifttum wird kritisiert, dass der EuGH in manchen Urteilen regional unterschiedliche Regelungen in den Mitgliedstaaten zum Kohärenzmaßstab erhoben und damit in die Binnenstruktur der Mitgliedstaaten eingegriffen habe³⁵ – wie im Fall *Hartlauer*, wo die Eignung einer Bedarfsprüfung

25 Grundlegend EuGH v. 10.3.2009 – C-169/07, *Hartlauer*, Slg. 2009, I-1721 = BeckRS 2009, 70276 Rn. 55 ff.

26 Vgl. EuGH v. 6.3.2007 – C-338/04 ua, *Placanica*, Rn. 53 ff., NJW 2007, 1515 mAnm *Haltern*; EuGH, *Hartlauer* (Fn. 26) Rn. 55; v. 8.9.2009 – C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol*, NJW 2009, 3221 Rn. 61; v. 17.7.2008 – C-500/06, *Corporación Dermoeestética*, BeckRS 2008, 70798 Rn. 39 f.; v. 8.9.2010 – C-316/07 ua, *Stoß ua*, Rn. 103, NVwZ 2010, 1409 mAnm *Fremuth*; zuletzt v. 30.4.2014 – C-390/12, *Pfleger*, BeckRS 2014, 80759 Rn. 43; v. 22.10.2014 – C-344/13, C-367/13, *Blanco*, BeckRS 2014, 82225 Rn. 39, 46. Zu weiteren Fällen vgl. die Analyse bei *Dieterich*, Systemgerechtigkeit und Kohärenz, 2014, 741 ff.

27 EuGH v. 20.2.1979 – 120/78, *REWE/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, NJW 1979, 1766 Rn. 11; vgl. auch v. 12.3.1987 – 178/84, *Kommission/Deutschland* (Reinheitsgebot für Bier), NJW 1987, 1133 insb Rn. 49.

28 Ua EuGH, *Placanica* (Fn. 26); v. 6.11.2003 – C-243/01, *Gambelli*, NJW 2004, 139 Rn. 69: „Soweit nun aber die Behörden eines Mitgliedstaats die Verbraucher dazu anreizen und ermuntern, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen, können sich die Behörden dieses Staates nicht im Hinblick auf die Notwendigkeit, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, auf die öffentliche Sozialordnung berufen, um Maßnahmen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden zu rechtfertigen.“

29 *Lippert* EuR 2012, 90 (92 f.): jedenfalls keine Gleichheitsfrage.

30 Markant EuGH, *Kommission/Italien* [Besitz und Betrieb einer Apotheke durch Nichtapotheker] (Fn. 14) Rn. 65 ff.; *Frenz* EuR 2012, 344 (349); wohl auch *Kilian* AnwBl. 2014, 111 (113).

31 Die in (Fn. 25) und (Fn. 26) genannten.

32 BVerfG v. 11.7.2011 – 8 C 11.10, BeckRS 2011, 53129 Rn. 43; so auch VGH München v. 17.2.2012 – 10 BV 11.482, BeckRS 2012, 52570 Rn. 41 ff.

33 *Dieterich* (Fn. 26), 98 ff. (206 ff.) mwN.

34 Ablehnend *Dieterich* (Fn. 26), 560 ff.

35 *Forsthoff* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 53. EL 2014 (42. EL 2010), AEUV Art. 45 Rn. 403.

für die Niederlassung von Ärzten auch mit Blick auf Regelungen in anderen Bundesländern (Österreich) verneint wurde.³⁶

Für die rechtliche Beurteilung von Vorgaben für interprofessionelle Kooperation hat diese Ausdehnung nicht des Kohärenzbegriffs, aber des Kohärenzmaßstabs allerdings schon deswegen wenig Bedeutung, weil hier Wechselwirkungen zwischen dem Recht unterschiedlicher Berufe im Fokus stehen und dieses Recht ganz überwiegend bundeseinheitlich gilt. Unterschiedlich strenge Regelungen verschiedener Freier Berufe, auch beratender Berufe, begründen in der Regel keine Inkohärenz, schon weil sich das Tätigkeitsspektrum der Berufe nur wenig überschneidet. Rücken nun Regelungen über multidisziplinäre Verbindungen in den Blick, sind Ansätze für eine Kohärenzprüfung denkbar, wenn der Schutz eines Rechtsguts, dem Verbote oder Beschränkungen bestimmter „Paarungen“ dienen, durch liberalere Regeln an anderer Stelle ausgehebelt wird. Um ein fiktives Beispiel zu geben: Eine gesetzliche Erlaubnis für Rechtsanwälte, mit Ärzten zu kooperieren, würde die Wirkung des Verbots einer Kooperation von Steuerberatern und Ärzten nicht aushebeln, möglicherweise aber die eines Kooperationsverbots für Rechtsanwälte und Apotheker. Denn die Schutzwirkung des Verbots zugunsten der Anwälte (vor Kommerzialisierung, fachfremden Einflüssen, Verbreitung von Berufsgeheimnissen) würde neutralisiert. Vorausgesetzt, die Zusammenarbeit mit Apothekern ist verfassungsrechtlich überhaupt zulässig, müsste die Öffnung dann auch auf Ärzte erstreckt werden. Dies müsste auch aus Sicht des Unionsrechts gelten, weil der Ausschluss einer Form überprofessioneller Verbindung stets die Attraktivität der grenzüberschreitenden Niederlassung mindert.

2.4 „Dominoeffekte“

Die umrissenen Maßstäbe, also Gleichheit, Verhältnismäßigkeit und der spezifische Aspekt der Kohärenz des Eingriffs bzw. der Beschränkung – fügen sich zu einer Matrix, zu der sich auch noch die nicht rechtlich erzwungenen, aber politisch gewollten Änderungen der rechtlichen Vorgaben über interprofessionelle Kooperation gesellen. Sie verändern die Koordinaten, an denen der Gleichheitssatz und das Kohärenzgebot ansetzen. Es bedarf dann „Frontbegradigungen“, in deren Verlauf die metaphorisch hier so bezeichnete Front immer weiter zurückweicht. Man könnte auch von Dominoeffekten sprechen, bei denen eine Liberalisierung notwendigerweise die nächste anstößt – weil das Zusammenspiel der berufsrechtlichen Regelungen nicht mehr ordnungsgemäß funktioniert, sie im Verhältnis zueinander gleichheitswidrig oder inkohärent geworden sind. Dies betrifft zunächst verschiedene Regelungen für den gleichen Beruf: Beeinträchtigen kapitalgesellschaftliche Ausübungsformen die Unabhängigkeit nicht, wird Werbung dies vermutlich ebenso wenig tun. Zweitens werden benachbarte Berufe erfasst: Soweit sie vergleichbar sind (was Freiberuflichkeit zumindest indiziert), wird die Aufhebung eines Verbots beim einen auch die Aufhebung des Verbots beim anderen nach sich ziehen. Auch deshalb darf die Entscheidung des BVerfG vom 14.1.2014

zu Anwalts- und Patentanwaltsgesellschaften (in juristischer Personalunion) durchaus als Weckruf verstanden werden. Man wird die Gefahr einer raschen und unkontrollierbaren Erosion berufsrechtlicher Standards taxieren müssen – und außerdem, ob diese Erosion nicht durch positive, auf eine Vielzahl Freier Berufe gleichermaßen anwendbare Standards deutlich gebremst werden könnte.

3. Verfassungsjudikatur als Hebel für extensivere Kooperation?

Auch wenn die vorliegende Betrachtung vorwiegend dem Unionsrecht gewidmet sein soll, führt an Judikaten des BVerfG kein Weg vorbei – weil Rechtfertigungsgründe, Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzerwägungen in weitem Umfang auch auf die Grundfreiheiten übertragbar sein können, aber auch, weil die Verfassungswidrigkeit berufsrechtlicher Normen in den Regulierungsrahmen eine Scharte reißt, an dem der bereits erwähnte „Dominoeffekt“ ansetzen kann.

3.1 Der Beschluss des BVerfG vom 14.1.2014 und die Normenkontrollvorlage des BGH vom 16.5.2013

Das BVerfG riss im Januar 2014 zentrale Berufsträgervorbehalte der BRAO und der PAO nieder, unter welche die korporative, multiprofessionelle Berufsausübung jeweils gestellt war. Unabhängigkeit und Dienstleistungsqualität seien, so das Gericht, in ausreichendem Maße durch persönliche berufsrechtliche Pflichten der unterschiedlichen Berufsträger gesichert; weitergehender Schutz durch Kooperationsbeschränkungen sei in aller Regel nicht erforderlich.³⁷ (Mit ganz ähnlichen Erwägungen begründet übrigens auch der BGH seine Ansicht, dass der Kreis sozietätsfähiger Berufe zu eng gezogen sei.³⁸) Mit der Nichtigkeit der einschlägigen Bestimmungen (bei Rechtsanwälten § 59e Abs. 2 S.1, 59f Abs. 1 BRAO) stehen die Berufsrechte der Rechts- und Patentanwälte auch Verbindungen mit dritten Freien Berufen nicht mehr im Weg. Eine effektive interdisziplinäre Kooperation setzt allerdings voraus, dass ähnliche Schranken im Recht der Dritten (wie Steuerberater und Wirtschaftsprüfer) ebenfalls entfallen – weil sie als verfassungs- oder unionsrechtswidrig erkannt werden oder auf der Basis einer politischen Entscheidung. Je nachdem, wie das BVerfG die BGH-Vorlage vom 16.5.2013 beantwortet, könnten sich die Fernwirkungen beider Entscheidungen wechselseitig verstärken. Sollte der inkriminierte § 59a Abs. 1 BRAO für verfassungswidrig erklärt werden³⁹, werden vergleichbare Beschränkungen in anderen Berufsrechten ebenfalls „dominoartig“ fallen müssen. Denn im Kern will der BGH Grundsätzliches erfahren: ob der Gesetzgeber die zulässige Zusammenarbeit auf einen bestimmten Kreis Freier Berufe beschränken und ande-

37 BVerfG (Fn. 5) Rn. 80 ff.

38 BGH (Fn. 2) Rn. 72.

39 Dafür *Kleine-Cosack*, BRAO, 6. Aufl. 2009, § 59a Rn. 10; *Michalski/Römermann* NJW 1996, 3233 (3234 ff.); *Ring/Vogel* MedR 2014, 20 ff.; vgl. auch *Henssler/Prütting*, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a Rn. 9; nur für eine beschränkte rechtspolitische Öffnung: *Krenzler* BRAK-Mitt. 2010, 234 (237).

36 EuGH, *Hartlauer* (Fn. 25) Rn. 45, 67 ff.

re fernhalten darf. Damit aber erweitert sich fast automatisch wiederum das Spektrum für multiple Denominationen bei Berufsausübungsgesellschaften. Die Chance, dass das BVerfG auch § 59a Abs. 1 BRAO ganz oder teilweise für verfassungswidrig erklärt, ist relativ hoch. Dann würde faktisch eine Rechtslage hergestellt, die der Bundesgesetzgeber bereits 2007 schaffen wollte, damit aber an Widerstand aus der Anwaltschaft scheiterte.⁴⁰ Auch dem Unionsrecht ist, wenn es parallel zum Verfassungsrecht oder auch im Verbund mit diesem deregulatorische Öffnungen erzwingt, ein katalytischer Beitrag zuzutrauen.

Der BGH beruft sich, wo er sich mit Zeugnisverweigerungsrechten auseinandersetzt, auch auf den Kohärenzgedanken: Rechtsanwälte erfreuen sich des vollen Schutzes des § 160a Abs. 1 StPO, Ärzte und Apotheker nur des relativen des § 160a Abs. 2 StPO. Da sich dies bei Berufen, die § 59a BRAO für sozietätsfähig erklärt (wie Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern), nicht anders verhält, weicht schon die Gestattung der sozietären Zusammenarbeit mit solchen Berufsträgern den durch § 160a Abs. 1 StPO vermittelten Schutz auf, und es gibt aus Sicht des BGH keinen Grund, um seinetwillen Rechtsanwälten die Zusammenarbeit mit Ärzten zu verwehren.⁴¹

3.2 Konsequenzen für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer

Sollte das BVerfG auch § 59a Abs. 1 BRAO aufheben, würden Restriktionen beseitigt, von denen einige das „Ob“, andere das „Wie“ interprofessioneller Kooperation betreffen. Dies gilt zwar zunächst nur für das Berufsrecht der Rechtsanwälte. Doch würden die Schockwellen der Entscheidungen rasch das Recht anderer freier und insbesondere sozietätsfähiger Berufe erfassen, sei es, weil auch hier Restriktionen für nicht erforderlich gehalten werden, sei es unter Gleichheitsgesichtspunkten. Insofern ist der Einschätzung beizupflichten, dass es sich keineswegs um ein „harmloses Musterverfahren“ mit exotischem Inhalt handelt.⁴² Auch die rechtspolitische Wirkung, die vom Zusammenspiel der Gerichtsentscheidungen ausgeht, sollte nicht unterschätzt werden: Wenn ein Berufsrecht in der Weise liberalisiert wird, dass eine „interprofessionelle Brücke“ geschlagen werden darf, die aber an den Grenzen des strengeren Berufsrechts des in Aussicht genommenen Partners enden muss, wird auch dieses unter Liberalisierungsdruck gesetzt, um die Vollendung der Brücke zu ermöglichen. Ob sich das Recht der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, was die Ausgestaltung multiprofessioneller Kooperation zwischen sozietätsfähigen Berufen betrifft, dem Berufsrecht der Rechts- und Patentanwälte anpassen muss, ist eine besonders akute Frage.

Das Recht der Steuerberater ähnelt dem der Rechtsanwälte nicht nur in der Regelung multidisziplinärer Zusammenarbeit erheblich. § 50 Abs. 4 und § 32 Abs. 3 S. 2 StBerG setzen für die Anerkennung als Steuerberatungsgesellschaft die verantwortliche Führung durch Steuerberater voraus. In den Leitungsgremien und unter den Gesellschaftern brauchen sie zwar nicht die Mehrheit zu stellen, dürfen aber auch nicht zur Minderheit werden (§ 50 Abs. 2, 4 StBerG). Eine mehrheitliche Kapitalbeteiligung ist nicht vorgeschrieben (§ 50a Abs. 1 StBerG). Allerdings ist weder aktive Berufsausübung zwingend geboten noch Drittbeteiligung verboten; es fehlen also manche der Schutzvorkehrungen, auf deren Bestand sich das BVerfG ua berief, um die Entbehrlichkeit der erwähnten Barrieren gegenüber mehrfacher Anknüpfung von Berufsausübungsgesellschaften im Berufsrecht der Rechtsanwälte zu unterstreichen. Fällt § 32 Abs. 3 S. 2 StBerG weg, muss durch sonstige Regularien sichergestellt werden, dass wenigstens ein Steuerberater in der Gesellschaft aktiv ist – auch wenn Steuerberatung, zu welcher Rechtsanwälte befugt sind⁴³, für sich genommen keinen Steuerberater erfordert. Insgesamt scheinen die Erwägungen des BVerfG zumindest prima facie auf Steuerberater übertragbar, allerdings mit der Maßgabe, dass durch geeignete, flankierende Vorschriften die ordnungsgemäße Erbringung von Steuerberatungsdienstleistungen (und zwar durch Steuerberater) sichergestellt ist.

Wirtschaftsprüfer müssen in einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bislang die Mehrheit in den Leitungsorganen haben bzw. die Mehrheit der persönlich haftenden Gesellschafter muss aus Wirtschafts- bzw. Abschlussprüfern bestehen (§ 28 Abs. 1 WPO). Bei Kapitalgesellschaften muss die Mehrheit der Geschäftsanteile Wirtschafts- bzw. Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften zustehen (§ 28 Abs. 4 Nr. 3 WPO). Von den Gesellschaftern, die anderen sozietätsfähigen Berufen angehören, braucht nur wenigstens die Hälfte in der Gesellschaft tätig zu sein (§ 28 Abs. 4 Nr. 1a WPO). Und auch die Anerkennung als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft setzt den Nachweis voraus, dass die Gesellschaft von Wirtschaftsprüfern verantwortlich geführt wird (§ 1 Abs. 3 S. 2 WPO). Wirtschaftsprüfer sind keine Beliehenen, sie werden zwar öffentlich bestellt (§ 1 Abs. 1 S. 1 WPO), üben aber entgegen einer verbreiteten Ansicht⁴⁴ ebenso wenig wie Steuerberater ein öffentliches Amt aus. Somit spricht aus verfassungsrechtlicher Sicht zwar vieles dafür, die im Urteil des BVerfG gefundenen Erkenntnisse auch auf Wirtschaftsprüfer zu übertragen. Allerdings steht in diesem Fall ausgerechnet das Unionsrecht im Wege, da § 28 WPO, was die inkriminierten Vorschriften angeht, im Wesentlichen nur umgesetzt, was Art. 3 Abs. 4 RL 2006/43/EG den Mitgliedstaaten vorschreibt⁴⁵ und was die Änderungsrichtlinie von 2014 so-

40 BT-Drs. 16/6634, 1, 54; hierauf weist der BGH (Fn. 2) in Rn. 34 hin.

41 Interessanterweise sieht der BGH davon ab, die Folgerichtigkeit (alias Kohärenz) unter einem weiteren Aspekt zu betrachten: Kann es konsistent sein, wenn jemand mit entsprechenden Qualifikationen in Personalunion sowohl als Rechtsanwalt als auch als Arzt praktizieren darf, zwei Personen, die jeweils nur über eine der beiden Zulassungen verfügen, sich dagegen nicht zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden dürfen?

42 Singer, Anm. zur BGH-Vorlage, in DStR 2013, 1857 (1859); vgl. auch Ring/Vogel MedR 2014, 20 (25).

43 Über § 72 Abs. 1 StBerG würden sie sogar an das Berufsrecht der Steuerberater gebunden, sobald sie Leitungsfunktionen in der Steuerberatungsgesellschaft einnehmen. Vgl. Kämmerer, Anm. zum Beschluss des BVerfG, in DStR 2014, 670 (671).

44 Ein Beispiel: <http://www.hs-merseburg.de/ww/studiengaenge/steuer-und-rechnungswesen-ma/profil/ca51f10f98c96824e68ac873461811da/?print=1>. Vgl. auch Stober NJW 1981, 1529 (1531 f.).

45 Für den Hinweis danke ich Herrn Raoul Riedlinger.

gar noch einmal bekräftigt.⁴⁶ Aufgrund der Bindungskraft (Art. 4 Abs. 3 EUV) und des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts darf die Vorschrift nicht aufgehoben werden, und ein Urteil des BVerfG, das § 28 WPO für verfassungswidrig erklären würde, bliebe ohne praktische Folgen. Eine Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung über die Vertragskonformität von Art. 3 Abs. 4 RL 2006/43/EG dürfte auch dann wenig aussichtsreich sein, wenn sie mit mangelnder Kohärenz bzw. Systemwidrigkeit begründet wird, zumal das Unionsrecht für Rechtsanwalts- und Steuerberatungsgesellschaften keine abweichenden, sondern überhaupt keine Vorgaben trifft. Deutsche Gerichte und der Bundesgesetzgeber werden insoweit überlegen müssen, ob es Gründe gibt, Beschränkungen und Ungleichbehandlungen, wie sie für Wirtschaftsprüfungsgesellschaften fortbestehen müssen, auch verfassungsrechtlich zu legitimieren. Diese Frage kann hier nicht vertieft werden. Es müsste erörtert werden, ob Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zur effizienten Durchführung der Abschlussprüfung in stärkerem Maße als andere (bisher) sozietätsfähige Berufe besondere personelle Kapazitäten bedürfen, die eine führende Funktion der Wirtschaftsprüfer der Sache nach erfordern. Dies wird man allerdings auch bei Steuerberatungsgesellschaften annehmen dürfen, wo sie von Großunternehmen beauftragt werden. Dass Wirtschaftsprüfer Handlungen vornehmen, die für bestimmte Gesellschaften verbindlich sind (§ 316 HGB), könnte zwar dafür streiten, Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften unterschiedlich zu behandeln.⁴⁷ Doch bleibt die Frage, ob erstere auch anders behandelt werden dürften als Rechtsanwaltsgesellschaften, wenn etwa § 78 Abs. 1 S.1 ZPO die Vertretung durch einen Anwalt in Verfahren vor LG und OLG für verpflichtend erklärt.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass sich die Erwägungen des BVerfG in weitem Umfang auf andere beratende Freie Berufe übertragen lassen.⁴⁸ Der Gesetzgeber sollte die gebotenen Anpassungen selbst vornehmen und nicht warten, bis die Verfassungsjudikatur aus den berufsrechtlichen Gebäuden weitere Steine herausbricht. Sollte das BVerfG dereinst auch § 59a Abs. 1 BRAO kassieren, müsste auch in den anderen Berufsrechten das Kooperationspektrum über „sozietätsfähige“ Berufe hinaus erweitert werden, mit der Folge, dass für die Kooperation mit solchen dritten Berufen Beteiligungs-, Geschäftsführungs- und Leitungsvorbehalte einzelner Berufsrechte auf den Prüfstand gebracht werden. Auf der einen Seite ist wünschenswert, dass die Freien Berufe – als untereinander „koalitionsfähig“ – wieder als homogene Gruppe mit eindeutigerem Berufsgruppenprofil in Erscheinung treten.⁴⁹ Dies streitet auch rechtspolitisch für die Aufhebung des § 59a Abs. 1 BRAO und vergleichbarer Normen in anderen Berufsrechten.⁵⁰

46 RL 2014/56/EU zur Änderung der RL 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen (umzusetzen bis 17.6.2016), ABl. L 158 v. 27.5.2014, 196 ff.

47 Anders *Weißborn* DStR 2014, 612 (616), die jedenfalls ein unionsrechtliches Signal für die Aufrechterhaltung des § 50a StBerG annimmt.

48 So auch *Glindemann* AnwBl. 2014, 214 (219); *Römermann* NZG 2014, 481 (487); vgl. auch *Kämmerer* DStR 2014, 670 (671).

49 *Kämmerer* NJW-Beil. 2010, 105 (107).

50 *Kämmerer* (Fn. 4), 81.

Doch droht eine kategoriale „Implosion“, wenn es im erweiterten Kooperationspektrum nicht mehr gelingt, die ohnehin metamorphen⁵¹ Freien Berufe sinnvoll einzugrenzen. So sollen zB auch Finanz- bzw. Honorarberater nach dem Willen der EU künftig unter bestimmten Voraussetzungen unabhängig agieren und unterliegen Qualitätssicherungskonzepten, auch unter der Ägide der IHK.⁵² Kann ihnen nur deshalb die Zusammenarbeit mit Freiberuflern verwehrt werden, weil sie keine spezifische akademische Ausbildung haben und das Gesetz sie als gewerblich bezeichnet? So lässt die verfassungs- und womöglich europarechtlich gebotene Erweiterung der Kooperationsperspektiven die Freien Berufe als Gruppe einerseits zusammenrücken, der ohnehin fadenscheinig gewordene Trennvorhang zwischen Freien Berufen und Gewerbe im deutschen Recht⁵³ wird andererseits aber noch rissiger.

4. Europarechtliche Grundlagen

4.1 Ein „Binnenmarkt für Dienstleistungen“

Der Zugriff des Unionsrechts auf die Freien Berufe unterscheidet sich von dem des Verfassungsrechts. Die Verwirklichung des Binnenmarktes determiniert und begrenzt seine Harmonisierungskraft. Die BQRL von 2005 und die DLRL von 2006 tragen zur Verwirklichung eines „Binnenmarkts für Dienstleistungen“⁵⁴ bei. Der Begriff „freie Berufe“ bzw. „freiberufliche Dienstleistungen“ scheint in Art. 57 Abs. 2 Buchst. d AEUV und Art. 2 Abs. 1 sowie Erwägungsgrund 43 der BQRL zwar noch auf, regulativ bedeutsam ist jedoch einzig die Zuordnung zu den „reglementierten Berufen“, deren Ausübung eine besondere, durch Ausbildung erworbene Qualifikation voraussetzt (Art. 3 Abs. 1 Buchst. a BQRL). Dies ist bei den – nach deutschem Verständnis – Freien Berufen allerdings durchweg der Fall.

Dem Europarecht und speziell der Kommission wird oft vorgeworfen, einseitig Deregulierung im Sinn zu haben.⁵⁵ Dennoch gibt sich die Kommission mit Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten wegen freiberuflicher Regelungen bislang recht zurückhaltend. Darin mag Rücksichtnahme auf mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume⁵⁶ zum Ausdruck kommen oder auch die Erkenntnis, dass die DLRL den Mitgliedstaaten in weiten Bereichen keine konkreten Regulierungsmaßnahmen, sondern nur ein Normen-

51 Dazu etwa BVerfG v. 25.2.1960 – 1 BvR 239/52, BVerfGE 10, 354 (364) = NJW 1960, 619; *Redeker* NJW 2004, 2799 (2799 f.).

52 Dazu *Schönleiter* in Landmann/Rohmer, GewO, 66. EL 2014, § 34h Rn. 3 mwN.

53 Vgl. *Kleine-Cosack* NJW 2010, 1921 (1924), der den „Abschied von der Freiberufler-Ideologie“ eingeleitet sieht (oder einleiten will?); analytische Betrachtung bei *Kämmerer* (Fn. 4), 39 ff.

54 Grundlegend Europäischer Rat (Lissabon), 23./24.3.2000, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Nr. 5.

55 Vgl. nur *Bormann/Stürner* NJW 2004, 1481 (1483); dagegen wiederum *Redeker* NJW 2004, 2799 (2800 f.). Frühere Mitteilungen der Kommission wie diejenige zum Thema „Freiberufliche Dienstleistungen – Raum für weitere Reformen – Follow-up zum Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen“, KOM(2004) 83, zeigen allerdings klare Deregulierungstendenzen.

56 Für den Bereich der Kohärenz halten sie in besonderem Maße für geboten *Dieterich* (Fn. 27), 770 ff.; *Grzeszick* VVDStRL 2012, 75.

Screening aufgab, zu dem sich die Kommission in einem 2012 vorgelegten Abschlussbericht äußerte.⁵⁷ Eine Verschärfung ihrer Gangart gegenüber reformaversen Mitgliedstaaten ist jedoch nicht ausgeschlossen. Hierzu wird es allenfalls längerfristig kommen, da zunächst gemäß der Novelle der BQRL ein erneutes, griffigeres Screening durchzuführen (vgl. Art. 59) und praktisch in vielen Bereichen die Normenprüfung zu wiederholen ist⁵⁸; erst danach dürfte die Kommission über weitere Schritte entscheiden.

4.2 Materiell-rechtliche Vorgaben des Unionsrechts betreffend multidisziplinäre Kooperation

4.2.1 Niederlassungsfreiheit als Basisnorm

Der zentrale materiell-rechtliche Prüfmaßstab ist die Niederlassungsfreiheit (und, allerdings in untergeordnetem Maße, die Dienstleistungsfreiheit). Kann sich ein ausländischer Freiberufler im Inland nicht mit Vertretern anderer Berufe zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden oder kann eine im Ausland niedergelassene Gesellschaft, in der sich Vertreter unterschiedlicher Freier Berufe zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden haben, keinen grenzüberschreitenden Sitzwechsel vornehmen, weil das deutsche Berufsrecht sie daran hindert, so beeinträchtigt dies potenziell den grenzüberschreitenden Personenverkehr.⁵⁹ Die DLRL formuliert – vor allem in Art. 15 Abs. 2 Buchst. b, c – Prüfungspflichten für solche Beschränkungen, stellt den im Primärrecht wurzelnden Verboten aber auch spezifische Regeln für multiprofessionelle Kooperation zur Seite. Nach Art. 25 Abs. 1 DLRL haben Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Dienstleistungserbringer keinen Anforderungen unterworfen werden, welche die gemeinschaftliche oder partnerschaftliche Ausübung unterschiedlicher Tätigkeiten beschränken. Die Verortung der Vorschrift in Kapitel V – Qualität der Dienstleistungen – zeigt, dass sie nicht (jedenfalls nicht primär) als kollisionsrechtliche Vorrang- bzw. Zulässigkeitsregel angelegt ist. Ob der Normbefehl ganz unabhängig von einem grenzüberschreitenden Bezug ganz allgemein für Dienstleistungen gelten kann⁶⁰, ist angesichts des vom Gerichtshof für den benachbarten Art. 24 DRLR unterstrichenen Primärrechtsbezugs⁶¹ zweifelhaft. Deutungsprobleme wirft auch das Nebeneinander von Art. 25 Abs. 1 Unterabs. 2 und Art. 25 Abs. 2 DLRL auf. Die erste Vorschrift gestattet bei reglementierten Berufen Ausnahmen vom Beschränkungsverbot, soweit sie zur Gewährleistung ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nötig sind. Nach der zweiten Mitgliedstaaten, sofern multidisziplinäre Tätigkeiten erlaubt sind, sicherstellen, dass Interes-

senkonflikte und Unvereinbarkeiten vermieden sowie Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gewährleistet sind und die Anforderungen an das Standesrecht der Berufe, vor allem das Berufsgeheimnis, miteinander vereinbar sind. Man darf Abs. 2 zum Teil deklaratorisch – im Sinne einer Betonung des Verhältnismäßigkeitsmaßstabs – verstehen: Wenn Unparteilichkeit, Unabhängigkeit, Berufsrecht und Berufsgeheimnis auch in einer multidisziplinären Kooperation hinreichend geschützt werden können, darf sie nicht um dieser Rechtsgüter willen untersagt werden. Konflikte sind möglichst so zu lösen, dass eine Kooperation möglich bleibt, getreu dem allgemeinen europarechtlichen Grundsatz, dass Ausnahmen (also auch die des Abs. 1 Unterabs. 2) eng auszulegen sind. Als weitere Erkenntnis kann festgehalten werden, dass die Schutzvorgaben des Abs. 2 in jedem Fall beachtlich sind. Nun erklärt sich auch, warum der europäische Gesetzgeber Art. 25 unter der Rubrik „Qualitätssicherung“ führt.

Die Kommission scheint Art. 25 DLRL auf eine tatsächliche Zusammenarbeit unabhängig vom Rechtsrahmen anwenden zu wollen. Das Europarecht teilt also – was Freie Berufe betrifft – nicht die Grundannahme des deutschen Rechts, dass die Beteiligung an der Gesellschaft ohne Zusammenarbeit in der Gesellschaft nicht denkbar sei. Die Kommission hält ein derartiges Junktim nicht für erforderlich, um Gefahren abzuwehren, die von einer reinen Kapitalbeteiligung ausgingen.⁶² Ganz im Gegenteil: Bei Interessenkonflikten zwischen den Tätigkeiten verhindere „[i]m Gegensatz zu strengen Anforderungen an Mehrheitsbeteiligungen [...] ein solcher zielgerichteter Ansatz nicht alle Arten multidisziplinär tätiger Vereinigungen“ – das Verbot der Zusammenarbeit wird also milder gesehen als das Verbot einer Beteiligung ohne Zusammenarbeit.⁶³

4.2.2 Verhältnismäßigkeit von Beschränkungen

Welche Kooperationsbeschränkungen wann vor dem Unionsrecht Bestand haben können, ist damit noch nicht beantwortet. Das denkbare Regelungsspektrum ist extrem breit: Mitgliedstaatliches Recht kann die Beteiligung von Nicht-Freiberuflern an bestimmten oder allen Gesellschaften beschränken oder verbieten. Es kann einem begrenzten Kreis von Freiberuflern die Beteiligung an Berufsausübungsgesellschaften gestatten und dabei nach Denominationen unterscheiden, die aktive Mitwirkung von Gesellschaftern gebieten, Mehrheitserfordernisse für die Beteiligung der gesellschaftsprägenden Freiberufler, die Stimmrechte und/oder die Besetzung der Leitungsgremien vorsehen. Solche Vorgaben und zusätzlich etwaige Kooperationsverbote sind in Ansatz zu bringen, wenn nur die Verhältnismäßigkeit einer

57 Mitteilung der Kommission [...] zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie. Eine Partnerschaft für neues Wachstum im Dienstleistungssektor 2012-2015, SWD(2012) 148 final. Mitteilung der Kommission [...] zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie. Eine Partnerschaft für neues Wachstum im Dienstleistungssektor 2012-2015, SWD(2012) 148 final.

58 Dazu Henssler (Fn. 17).

59 Vgl. mwN dazu von der Recke in BeckRA-HdB, 10. Aufl. 2011, § 59 Rn. 128 ff., 133.

60 Schmidt-Kessel in Schlachter/Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Vor Art. 22 ff. Rn. 6: kein kollisionsrechtlicher Charakter.

61 EuGH, *Société fiduciaire* (Fn. 18) Rn. 26 ff.

62 Vgl. Kämmerer (Fn. 4), 79. Auch der BGH und das BVerfG berufen sich auf die schützende Wirkung der Mitwirkungsgebots, um strenge Kooperationsverbote aufzubrechen: BVerfG (Fn. 5) Rn. 86, Rn. 70 (allerdings unter Verweis auch auf die jetzt aufgehobenen Passagen des § 59 BRAO).

63 Peer Review Report, SWD(2013) 402 final, 17. So tendenziell auch Basedow, Referat 68. DJT: reine Kapitalbeteiligungen sollten zugelassen werden. Ebenso Grunewald in Leible (Hrsg.), Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie – Chancen oder Risiken für Deutschland?, 2008, 175 (178 ff.).

einzelnen Regelung ermittelt werden soll. Ist sie für sich genommen tragfähig, kann umgekehrt die Kumulation von Regeln eine übermäßige Beschränkung zeitigen (wie zB das Nebeneinander von Beteiligungs- und Geschäftsführungsverboten, wenn mit einem einzigen dieser Verbote der Schutzzweck – Unabhängigkeit, Qualitätssicherung – schon erreicht würde). Die Kommission jedenfalls zweifelt an der Verhältnismäßigkeit einer Kumulation von Vorbehaltsanforderungen (hinsichtlich Mehrheitsbeteiligung, Stimmrechten, Führungspositionen bzw. Mitgliedschaft im Leitungsgremium). Sie hat auch beanstandet, dass in manchen Mitgliedstaaten die Unbedingtheit von Berufsrechten eine Kooperation, die eigentlich im Gesetz als Möglichkeit angelegt sei, ganz ausschließt, zB wenn bei Zusammenarbeit zweier bestimmter Berufe beide Berufsrechte für die Angehörigen dieses Berufs gleichermaßen eine Mehrheit der Stimmrechte erforderten.⁶⁴ Im Englischen würde man hier treffend von *deadlock* sprechen.⁶⁵

Dass das Unionsrecht gegen Kooperationsverbote weniger Vorbehalte hat als gegen Beteiligungsverbote, findet eine gewisse Bestätigung in Art. 25 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a DLRL, der insoweit Beschränkungen zulässt, wenn die Besonderheiten der jeweiligen Berufe und ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sie erfordern.⁶⁶ Als Persilschein für Mitgliedstaaten darf dies nicht verstanden werden. Auch die Kommission ist grundsätzlich der Ansicht (wie das BVerfG und der BGH), dass die Bindung der Beteiligten an ihre individuellen Berufspflichten regelmäßig ausreicht, um deren Unabhängigkeit und die Dienstleistungsqualität zu sichern.⁶⁷ Der deutsche Gesetzgeber wird also, wenn er nun über die Konsequenzen der Verfassungsgerichtsjudikatur entscheidet, zu bedenken haben, dass auch unionsrechtliche Pflichten Handlungsbedarf erzeugen können. Sollte § 59a Abs. 1 BRAO – anders als hier vertreten und prognostiziert – nicht für verfassungswidrig erklärt werden, kann er noch immer unionsrechtswidrig sein.⁶⁸

64 Kommission, SWD(2013) 402 final, 19.

65 Gleichwohl bleiben Fragen offen: Wonach etwa sollen sich Bestimmungen über Leitungsrechte beurteilen, die an die Gesellschaftsbeteiligung anknüpfen, deren Ausübung aber im Kontext der realen Zusammenarbeit steht? Zudem stellt sich die Frage, ob Art. 15 Abs. 2 Buchst. b nicht teleologisch reduziert werden muss, da die bloße Investition aus dem europäischen Ausland in eine Gesellschaft, deren Zweck die (mono- oder multiprofessionelle) Ausübung Freier Berufe darstellt, jedenfalls dann nach verbreiteter Ansicht keine grenzüberschreitende Niederlassung ist, wenn es sich um eine bloße Portfolioinvestition handelt – und welcher Maßstab infolge einer teleologischen Reduktion am Ende gilt.

66 Nicht ganz eindeutig insoweit *Schmidt-Kessel* (Fn. 60), Art. 25 Rn. 13.

67 Kommission, SWD(2013) 402 final, 11: „Wenn Berufsangehörige (1) über eine reglementierte Berufsqualifikation verfügen, (2) eine geschützte Berufsbezeichnung führen, (3) ihnen vorbehalten Tätigkeiten ausüben, wenn (4) ihr Berufsverband Verhaltensregeln (einschließlich über die Vermeidung von Interessenkonflikten) vorgibt und sie (5) Versicherungs-/Garantiaufgaben im Interesse des Verbraucherschutzes unterliegen, kann durchaus die Frage gestellt werden, inwiefern über alle anderen Vorkehrungen zum Schutz der Unabhängigkeit des Berufsstandes und zur Gewährleistung qualitativ hochwertiger Dienstleistungen hinaus noch Anforderungen an die Rechtsform und die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen notwendig sind.“

68 *Hellwig* NJW 2005, 1217 (1222), allerdings ohne Betrachtung der – damals noch nicht existenten – DLRL und ihres Art. 25.

4.3 Das Kohärenzgebot insbesondere

Wie bereits erwähnt, ist das Kohärenzgebot mittlerweile zum Bestandteil der grundfreiheitlichen Prüfung mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften erwachsen und findet parallel zum Verfassungsgebot der Folgerichtigkeit Anwendung. Kohärenz impliziert nach verbreiteter Ansicht⁶⁹ auch, dass die eine regulative Beschränkung tragenden Schutzerwägungen echt und nicht vorgeschoben, mithin „wahrhaftig“ sind. Ob, so gesehen, die Gefahren, gegen die einzelne Berufe, wie Apotheker oder Notare, abgeschirmt werden, die ordnungsgemäße Berufsausübung oder nicht vielmehr ein – nicht schutzwürdiges – tradiertes Berufskonzept⁷⁰, ist eine nicht unberechtigte Frage. Der EuGH allerdings hat zumindest bei Apothekern keinen Anlass gefunden, gesetzliche Beschränkungen der Zusammenarbeit zwischen Apothekern zu beanstanden⁷¹, und in einer Entscheidung aus dem Jahre 2009 ein mitgliedstaatliches Verbot der Kapitalbeteiligung Dritter an Apotheken, das die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit beschränkt, gebilligt, weil es der sicheren und hochwertigen Versorgung mit Arzneimitteln diene.⁷² Dies deutet nicht auf eine starke Neigung des Gerichtshofs hin, vorgeschobenen Schutzbehauptungen auf den Zahn zu fühlen – es sei denn, der Gesetzgeber verrät sich selbst durch Inkonsistenz seines Schutzkonzepts.

Als Verbot, einander widersprechende Schutzmaßnahmen zu erlassen, kann das europarechtliche Kohärenzgebot grundsätzlich – wie schon dargelegt – Vorgaben der Mitgliedstaaten über das „Ob“ und „Wie“ interprofessioneller Kooperation determinieren. Begrenzende Wirkung entfaltet es ungeachtet der unionsrechtlichen Verwurzelung (Binnenmarkt) allerdings nur im Recht des einzelnen Mitgliedstaats. Im Folgenden werden – auch vor dem Hintergrund der referierten Verfassungsjudikatur – mögliche Ansatzpunkte für das europarechtliche Kohärenzprinzip mit Blick auf berufsrechtliche Bestimmungen erörtert.

4.3.1 Kohärenz und kooperationsaverse Vorbehaltsregeln

Vorbehalte für Zusammenschlüsse mit sozietätsfähigen Freien Berufen beschränken, wenn und weil sie auch für ausländische Berufsträger gelten, die Niederlassungsfreiheit. Können sie verfassungsrechtlich keinen Bestand haben, liegt auch der Befund der Europarechtswidrigkeit nahe. Die Kohärenzfrage wird dann mit Blick auf berufsrechtliche Regelungen für andere Professionen laut, die einer Kooperation (nicht zuletzt weil sie nicht Gegenstand verfassungsrechtlicher Prüfung gewesen sind) weiterhin entgegenstehen. Dass ein Freier Beruf strengerer oder liberaleren Vorschriften unterliegt als ein anderer, macht zwar Schutzbestimmungen im Berufsrecht des letzteren nicht allein deswegen obsolet, weil beide als (beratende) freie Berufe einzuordnen sind; so weit reicht der gemeinsame Nenner „freiberuflich“ dann

69 Vgl. *Forsthoff* (Fn. 35), AEUV Art. 45 Rn. 401; *Schorkopf* DÖV 2011, 260 (262).

70 Vgl. *Martini* DVBl 2007, 10 (16); *Herrmann* EuZW 2009, 413 (415); *Kämmerer* (Fn. 4), 69 f., 78.

71 EuGH v. 19.5.2009, C-171/07 und C-172/07, *Apothekenkammer des Saarlandes* („DocMorris“), DStRE 2010, 319 Rn. 34 = DStR 2010, 78 mAnm *Singer*.

72 EuGH, *Kommission/Italien* (Fn. 14) Rn. 52 ff.

doch nicht. Dennoch kann mangelnde Taktung zwischen unterschiedlichen berufsrechtlichen Regeln durchaus Interferenzen nach sich ziehen, wie sich an den Folgen der Entscheidung des BVerfG vom 14.1.2014 zeigt: Nach der Aufhebung bestimmter Berufsträgervorbehalte in der BRAO erscheint zunächst widersinnig, dass Rechtsanwälte nicht nach gleichen Maßstäben mit Steuerberatern zusammenarbeiten dürfen, wie sie nunmehr mit Blick auf Patentanwälte gelten. Für das Fortbestehen dieser Hürde ist das strengere StBerG verantwortlich (solange nicht auch einschlägige Passagen dieses Gesetzes für verfassungswidrig erklärt oder durch den Gesetzgeber aufgehoben werden). Aus Steuerberatersicht ist diese Konstellation aber solange nicht inkohärent, wie die gesetzlichen Vorbehalte ihres eigenen Berufsrechts die Zusammenarbeit mit Vertretern anderer sozietätsfähiger Berufe nicht signifikant anders regeln als die mit Rechtsanwälten.

4.3.2 Kohärenz bei Kooperationsverboten

Wenn das Recht eines Berufes A ein Kooperationsverbot mit Beruf B statuiert, eine Kooperation mit Beruf C aber gestattet, der gegen Fremdeinflüsse aber nicht stärker geschützt ist als Beruf B und von dem damit ein gewisses (aber für hinnehmbar erachtetes) Risiko für die Unabhängigkeit des Berufs A ausgeht, dann verpufft der Schutz, der ihm gegenüber dem mutmaßlich schädlichen Einfluss dritter Berufsangehöriger zuteilwerden soll. Was im Vorlagebeschluss des BGH an das BVerfG bereits angedeutet ist, gilt auch für das Unionsrecht: Wenn bereits enge Kooperationen mit sozietätsfähigen Berufen strenge Schutzvorkehrungen im Anwaltsrecht aufweichen, können die geschützten Belange nicht ohne weiteres instrumentalisiert werden, um Verbote der Kooperation mit nicht sozietätsfähigen Freien Berufen zu begründen. Dies lässt sich auch für das Unionsrecht sagen, solange es Vertretern jener dritten Berufe den Zugang zum Dienstleistungsmarkt anderer Mitgliedstaaten erlaubt.

4.3.3 Kohärenz bei Funktionsüberlappungen

Über Kohärenz muss auch nachgedacht werden, wo sich – ausnahmsweise – die Tätigkeitsspektren zweier Berufe überschneiden, wie es bei Rechtsanwälten und Steuerberatern in Bezug auf steuerrechtliche Beratung der Fall ist. Strengere Schutzvorgaben beim einen dürfen nicht durch laxere Schutzvorgaben beim anderen Beruf ausgehebelt werden – wie sie das BVerfG bei den Rechtsanwälten aber nun durchgesetzt hat. Betreibt jemand – als Fachanwalt für Steuerrecht etwa – Steuerberatung und darf sich mit einem Patentanwalt in einer Weise zusammenschließen, dass die – gesellschaftliche – Zusammenarbeit zugleich als Rechtsanwalts- und als Patentanwalts-gesellschaft firmiert, bleibt Steuerberatern aber verwehrt, ihre (im Kern zulässige) Verbindung mit Patentanwälten als Patentanwalts-gesellschaft anzumelden, ist die Frage berechtigt, ob der Schutz der im StBerG noch immer verankerten Restriktionen leerläuft. Man wird dies noch immer verneinen müssen, weil die Berufsbilder des Steuerberaters und des Rechtsanwalts insgesamt ungeachtet von Überschneidungen im Einzelnen noch immer stark divergieren.

Denkbar, wenngleich fernliegend, ist auch, dass das Berufsrecht eines dritten Berufs (nehmen wir an, der Wirtschaftsprüfer) so liberal gestaltet ist, dass praktisch auf der

Ebene einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft eine ansonsten nach den jeweiligen Berufsrechten untersagte Kooperation von Ärzten und Steuerberatern möglich wird. Auch dann aber muss Berücksichtigung finden, dass der Gesellschaftszweck Wirtschaftsprüfung und eben nicht Steuerberatung ist. Dieses Beispiel erscheint allerdings weit hergeholt und für die Konvergenzprüfung des deutschen Rechts wenig bedeutsam.

4.3.4 Benachteiligung eigener Staatsangehöriger: tatbestandslose Inländerdiskriminierung oder „induzierte Inkohärenz“?

Die Eigenheiten des Unionsrechts, das der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit um des Binnenmarkts willen huldigt, könnten dem Verdikt der europarechtlichen Inkohärenz auch Grenzen setzen. Inländerdiskriminierung – also eine Benachteiligung ausschließlich eigener Staats- oder -angehöriger – ist nicht verboten, solange sie sich nicht als Hemmnis für den grenzüberschreitenden Personenverkehr auswirkt.⁷³ Damit könnten an sich nicht kohärente und deswegen verfassungswidrige Regelungen aus dem Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Kohärenzgebots herausfallen. Verbietet ein Mitgliedstaat inländischen Berufsträgern (zB Steuerberatern) bestimmte Kooperationen (zB mit Heilberuflern), erlegt er aber vergleichbaren eingewanderten ausländischen Berufsträgern, die von Haus aus keinen vergleichbaren Restriktionen unterliegen (im vorliegenden Fall also ausländischen Steuerberatern mit Geschäftssitz in Deutschland), solches nicht auf, hebt er sein eigenes Schutzanliegen zwar aus. In dieser Inkonsistenz liegt jedoch noch kein Unionsrechtsverstoß, solange – wie hier anzunehmen ist – die Belastung der eigenen Staatsan- oder -zugehörigen deren Niederlassung im europäischen Ausland nicht erschwert. Allerdings könnte (in diesem Fallbeispiel) eine „induzierte Inkohärenz“ auftreten, weil das Kooperationsverbot zu Lasten inländischer Steuerberater ausländischen Ärzten die Kooperation mit diesen und damit die Niederlassung in Deutschland erschwert. Ein Mitgliedstaat, der auf seinem Staatsgebiet die Zusammenarbeit inländischer Ärzte mit ausländischen Steuerberatern erlaubt, nicht aber diejenige zwischen ausländischen Ärzten und inländischen Steuerberatern, dürfte letztlich inkohärentes Recht setzen.

5. Befunde und Desiderate

Auch bei den Freien Berufen scheint *diversity* en vogue zu sein. Das Recht bahnt ihr den Weg, indem es Hindernisse für multi- bzw. interdisziplinäre Zusammenarbeit aus dem Weg räumt – recht ungestüm das Verfassungsrecht, verhaltener derzeit das Europarecht. Dieses kann die Grundunterschiede der Berufszuschnitte und Rechtsmodelle der Mitgliedstaaten nicht ausklammern; wo es aber wirkt, dann für alle 28 Länder und im Ergebnis meist deregulierend. Auf Kumulationswirkungen der BVerfG-Judikate darf man ebenso gespannt sein wie darauf, ob das Unionsrecht den auf Verfassungsebene begonnenen Rückbau voll-

⁷³ Dazu etwa *Riese/Noll* NVwZ 2007, 516 (517) mwN; *Kämmerer* EuR 2008, 45 (47 f.). Aus der EuGH-Judikatur vgl. *va* EuGH v. 17.3.2005 – C-109/04, *Kranemann*, Slg. I 2005, 2433 = NJW 2005, 1481 Rn. 26.

enden wird, sofern der Gesetzgeber seine Mitwirkung verweigert. Auf der Meta-Ebene geht es hierbei immer auch um die Zukunft der Freien Berufe, die nur in wenigen Staaten als normative Kategorie bekannt und auch in Deutschland nur punktuell als Gesetzesbegriff normativ bedeutsam sind. Ihre Stärkung als Rechtskategorie durch erweiterte multiprofessionelle Zusammenarbeit ist ebenso vorstellbar wie ihre Schwächung durch weitere Angleichung einzelner Berufe und Einebnung der Unterschiede zwischen Freiberuflichkeit und Gewerbe.

Dass freiberufliche Regeln durch Konvergenz auch ad absurdum geführt werden können, ergibt sich in Konsequenz des Beschlusses des BVerfG vom 14.1.2014. Je mehr Berufe „paarungsfähig“ und je vielfältiger die von den einzelnen Berufsrechten zu gestattenden beruflichen Verbindungen werden, desto mehr Denominationen kann eine einzelne Gesellschaft annehmen. Wo der denominationsprägende Berufsstand in ihr nur minoritär vertreten ist, klaffen der durch die Bezeichnungen vermittelte Kompetenzanspruch und die Kompetenzwirklichkeit auseinander. Dies legt die Frage nahe, ob *einzelne* Berufsrechte die Anforderungen an eine sinnvolle, praktikable und den Verbraucherinteressen entsprechende Regulierung korporativer Berufsausübung überhaupt noch erfüllen können. Der Gesetzgeber muss schon jetzt viel Energie darauf verwenden, die Widerspruchsfreiheit aller Regeln zu gewährleisten, die aufgrund ihrer Streuung auf zahlreiche Gesetze aber zur Konturen-

schärfung der Freien Berufe insgesamt kaum beitragen. Falls das BVerfG auch der Kooperation zwischen Rechtsanwälten und Ärzten/Apothekern grünes Licht gibt, könnte dies als Signal verstanden werden, dass im Grundsatz alle Freien Berufe untereinander in fast allen Formen kooperationsfähig sind.⁷⁴ Daher sollte über Perspektiven für übergreifende bundesrechtliche Regeln (oder zumindest wortgleiche Regeln der jeweiligen Berufsrechte) für die Kooperation zwischen Trägern Freier Berufe nachgedacht werden.⁷⁵

Ein gesetzliches *level playing field* für Freie Berufe würde ihre „Erosion“ als rechtliche Kategorie bremsen, aber auch die Ansatzpunkte für mögliche Inkohärenz-Verdikte verhindern. Ist das Gebot der Kohärenz bzw. Folgerichtigkeit bis jetzt nur punktuell und ergänzend ins Spiel gekommen, könnte seine Bedeutung mit der Proliferation zulässiger „Paarungen“ und Kooperationsformen, solange sie sich nicht organisch und dynamisch entwickelt, durchaus wachsen. Dies betrifft nicht nur das Verfassungs-, sondern auch das Unionsrecht, das den in diesem Beitrag beschriebenen Umbrüchen den nötigen Rückenwind liefert. Dass dieser europäische Wind von der neuen Transparenzinitiative bis hin zu Sturmstärke angefacht wird, ist keineswegs ganz auszuschließen.

74 Ähnlich Römermann NZG 2014, 481 (487).

75 Kämmerer DStR 2014, 670 (671).

Impressum

Redaktion: Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München. Telefon: (089) 3 81 89-334, Telefax: (089) 3 81 89-468. E-Mail: dstr@beck.de. Verantwortlich für den Textteil: Steuerberater Dr. Christian Korn, LL.M. Redaktion: Dipl.-Kfm. und Rechtsanwalt Alexander Wenzel (Stv.), Ass. iur. Verena Christmann, Ass. iur. Michaela Kreißl, Ass. iur. Sabine Leistner, Ass. iur. Vanessa Pelkmann, Rechtsanwalt Bernd Riegel. Redaktionssekretariat: Gabriele Eggert, Andrea Hesse, Eva Hohmann, Annette Nolden. Verantwortlich für den berufrechtlichen Teil: Steuerberater/Wirtschaftsprüfer/Rechtsanwalt Dr. Raoul Riedlinger, Kartäuserstr. 61a, 79104 Freiburg.

Anzeigenabteilung: Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München. Media-Beratung: Telefon (089) 3 81 89-687, Telefax (089) 3 81 89-589.

Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: Telefon (089) 3 81 89-598, Telefax (089) 3 81 89-599, E-Mail anzeigen@beck.de

Anzeigenpreise: Zurzeit gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 43. Anzeigenschluss: Ca. 9 Tage vor Erscheinen. Verantwortlich für den Anzeigenteil: *Bertram Götz*.

Verlag: Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München, Telefon: (089) 3 81 89-0, Telefax: (089) 3 81 89-398, Postbank München: Nr. 6 229-802, BLZ 700 100 80.

Manuskripte: Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag C.H.BECK

an seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Erscheinungsweise: Wöchentlich an jedem Freitag.

Bezugspreis 2015: DStR incl. Online-Fachdienst und Beck SteuerDirekt (Online-Datenbank). Halbjährlich € 192,50 (darin € 16,54 MwSt.); Vorzugspreis für Mitglieder der dem Rahmenabkommen über Herausgabe und Bezug des Organs beigetre-

ten Steuerberaterkammern und für Steuerberater in Ausbildung (gegen Nachweis) halbjährlich € 152,50 (darin € 13,10 MwSt.); Vorzugspreis für Studenten (fachbezogener Studiengang) und Referendare (gegen Nachweis) halbjährlich € 53,50 (darin € 4,60 MwSt.; dieser Preis berechtigt nicht zur Netzwerknutzung der Datenbank). Einzelheft € 9,- (darin € -,59 MwSt.). Die Nutzung der Datenbank Beck SteuerDirekt entfällt mit Beendigung des Abonnements. Im Bezugspreis enthalten ist der als Beilage erscheinende DStR-Entscheidungsdienst (DStRE). Die Rechnungstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

Jahrestitelei und -register sind nur noch mit dem jeweiligen Heft lieferbar.

Versandkosten jeweils zuzüglich. Bestellungen nehmen entgegen: jede Buchhandlung und der Verlag. Abbestellungen zum Halbjahresende mit Sechswochenfrist.

KundenServiceCenter:

Telefon: (089) 3 81 89-750, Telefax: (089) 3 81 89-358. E-Mail: bestellung@beck.de.

Adressenänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an. Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienste-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Bezieher kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

Gesamtherstellung: Druckerei C.H.BECK (Adresse wie Verlag). Lieferanschrift: Versand und Warenannahme, Bergerstr. 3-5, 86720 Nördlingen.