



LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME
16/3997**

A18

Rechtswissenschaftliche
Fakultät

Wirtschafts- und
Sozialwissenschaftliche
Fakultät

Europäisches Zentrum für
Freie Berufe

Dr. Dirk Michel
Akademischer Rat a.Z.

**Telefon +49 221 470
2937**

E-Mail: dirk.michel@uni-koeln.de
<http://www.euzfb.uni-koeln.de/>

**Schriftliche Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung
des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand
und Handwerk am 29. Juni 2016**

Lage und Perspektive der Freien Berufe in Nordrhein-Westfalen

Dr. Dirk Michel

Geschäftsführer des Europäischen Zentrums für Freie Berufe
Leitung: Prof. Dr. Martin Henssler und Prof. Achim Wambach, Ph.D.

I. Vorbemerkung

Die Große Anfrage 18 der Fraktion der CDU „Lage und Perspektive der Freien Berufe in Nordrhein-Westfalen“ sowie die Antwort der Landesregierung¹ behandeln eine Vielzahl von Fragen aus unterschiedlichen Themenbereichen. Diese schriftliche Stellungnahme beschränkt sich auf die Themengebiete, welche einen unmittelbaren Bezug zu der Forschungstätigkeit des Europäischen Zentrums für Freie Berufe der Universität zu Köln aufweisen. Dies sind neben dem Begriff des Freien Berufs die Fragestellungen, welche unter dem Abschnitt „IV. Europa und das Prinzip der Selbstverwaltung der Freien Berufe“ der Großen Anfrage 18 behandelt werden.

¹ LT-Drucks. 16/10146.

II. Zum Begriff des Freien Berufs

Die in der Großen Anfrage 18 behandelten Fragestellungen sowie die Antwort der Landesregierung beziehen sich jeweils auf „die Freien Berufe“. Bei der Diskussion um die Freien Berufe muss aber berücksichtigt werden, dass unter diesem Begriff eine große Zahl unterschiedlicher Berufe zusammengefasst werden. Als Freie Berufe werden Berufe bezeichnet, welche *„auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt“* haben, so § 1 Abs. 2 S.1 PartGG. Hinzu kommen häufig weitere Merkmale, etwa

- die Gemeinwohlbindung der Dienstleistung,
- die fachlich und wirtschaftlich unabhängige Aufgabenwahrnehmung, die der EuGH mit seinem Hinweis auf die „große Selbständigkeit“ wenig präzise zum Ausdruck bringt,
- das Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, das mit der Erwartung der Einhaltung gewisser ethischer Standards verbunden ist,
- die Zurückstellung des Interesses maximaler Gewinnerzielung.²

Der Begriff wird zwar verschiedentlich in Rechtstexten verwendet, ist aber kein Rechtsbegriff, sondern – wie das BVerfG ausführt³ – ein soziologischer Begriff.⁴ Er wird abhängig vom jeweiligen Normzweck unterschiedlich definiert.

² Vgl. zu den weiteren Merkmalen nur *Henssler/Wambach*, Die Lage der freien Berufe in ihrer Funktion und Bedeutung für die europäische Zivilgesellschaft, Zusammenfassung, Brüssel 2014, S. 10.

³ BVerfGE 10, 354, 364.

⁴ Vgl. auch *Henssler/Wambach* (Fn. 2), S. 10; *Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965, Viertes Kapitel, I., S. 209; *Rittner*, Unternehmen und Freier Beruf als Rechtsbegriffe, Freiburger Antrittsvorlesung, Tübingen, 1962, S. 8.

Folge dieses weiten Begriffsverständnisses ist, dass eine Vielzahl von Fragen, welche auch in der Großen Anfrage 18 aufgeworfen werden, nicht allgemein, sondern nur in Ansehung des jeweiligen Berufs beantwortet werden können.

Soweit in dieser Stellungnahme mit Bezug auf die regulatorischen Rahmenbedingungen von Freien Berufen gesprochen wird, sind allein die verkammerten Freien Berufe – Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater, Architekten und Ingenieure sowie die Heilberufe – gemeint. Allein diese Berufe verfügen über eine Berufskammer sowie eigene Berufsgesetze und von der Kammer erlassene Berufssatzungen. Diese Feststellung schließt nicht aus, dass auch andere Freie Berufe zu den reglementierten Berufen i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Lit. a) der Berufsanerkennungsrichtlinie⁵ zählen, für die also bestimmte Berufszulassungs- oder Berufsausübungsregelungen bestehen.

III. Freiberufliche Selbstverwaltung

1. Begriff

Für den engeren Kreis der Freien Berufe (vgl. dazu II.) sind in Deutschland Berufskammern eingerichtet. Hierbei handelt es sich um durch Bundes- oder Landesrecht eingerichtete Körperschaften des öffentlichen Rechts, in denen alle zugelassenen Berufsangehörigen auf dem Gebiet der Kammer durch Gesetz Mitglied sind (Pflichtmitgliedschaft). Das Verwaltungsorgan der Körperschaft wird durch Wahl von deren Mitgliedern bestimmt und aus Mitgliedern der Körperschaft gebildet. Die Kammern sind berechtigt, auf der Grundlage entsprechender Ermächtigungsnormen Berufssatzungen zu erlassen, welche die Berufspflichten näher bestimmen und an die ihre Mitglieder gebunden sind. Zu den Aufgaben der Kammern gehören weiterhin

⁵ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen i.d.F. der Richtlinie 2013/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 2013 Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen i.d.F. der Richtlinie 2013/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 2013.

Verwaltungsaufgaben, insbesondere die Berufszulassung und die Berufsaufsicht. Berufsrechtliche Sanktionen können durch die Kammern – abhängig von der Art der Sanktion – entweder selbst erlassen oder bei einem Berufsgericht beantragt werden.⁶ Weiterhin übernehmen Berufskammern bspw. Aufgaben bei der Fortbildung.

Die berufliche Selbstverwaltung durch Berufskammern ist im Rechtsvergleich mit den übrigen EU-Mitgliedstaaten verbreitet, es gibt aber durchaus auch andere Formen. Das Kammermodell findet sich insbesondere in den zentraleuropäischen Mitgliedstaaten. Ein anderes Modell ist die Möglichkeit, zwischen der Mitgliedschaft in einer von mehreren privatrechtlich organisierten Berufsorganisationen zu wählen. Andere Mitgliedstaaten kennen gar keine berufliche Selbstverwaltung.⁷ Die in England und Wales eingerichteten *Regulation Authoritys* nehmen eine gewisse Sonderstellung ein. In ihnen sind auch nicht berufsangehörige Mitglieder tätig.⁸

2. Abbildung der Selbstverwaltung in Regulierungsindizes

Die in Deutschland übliche Ausgestaltung der freiberuflichen Selbstverwaltung wird in Regulierungsindizes wegen der Pflichtmitgliedschaft in einer Berufskammer i.d.R. mit einem hohen Grad an Regulierung gleichgesetzt. Andere Modelle werden hier deutlich besser bewertet. Diese Regulierungsindizes werden in der öffentlichen Debatte herangezogen, um den Grad der Regulierung auf einem bestimmten Markt abzubilden. Gleiches gilt für die Art der Regulierungsformen (*rules-based* und *principles-based regulation*⁹), die oft auch mit einem bestimmten Modell

⁶ Vgl. zu den Kammern *Henssler/Wambach* (Fn. 2), S. 54 f.

⁷ Vgl. ausführlich zu den unterschiedlichen Arten der Selbstverwaltung *Henssler/Wambach* (Fn. 2), S. 54 f.

⁸ Vgl. hierzu *Henssler/Wambach* (Fn. 2), S. 64 ff.; *Henssler* in: Deutsches Wissenschaftliches Institut der Steuerberater e.V., Stellung und Zukunft der Freien Berufe in Europa, 2015, S. 33, 63 ff.

⁹ Vgl. zu den Regulierungsformen *Henssler*, Regulierung und Selbstverwaltung der Freien Berufe in Europa in: Deutsches Wissenschaftliches Institut der Steuerberater (Hrsg.), Stellung und Zukunft der Freien Berufe in Europa, 2015, S. 33, 38 ff.

der Selbstverwaltung einhergehen. Verbreitet ist dabei insbesondere der OECD-Regulierungsindex „*Product Market Regulation Database*“¹⁰.

Jedenfalls in dem genannten Zusammenhang wird durch die Regulierungsindizes der Eingriff in die Berufsausübung des einzelnen Berufsangehörigen nur unzureichend abgebildet. Denn das Regulierungssystem sagt noch nichts über die Intensität der jeweiligen Regulierung aus.¹¹ Vielmehr kann eine *principles-based regulation* weitaus detailreicher und intensiver sein als eine *rules-based regulation*. Dies zeigt sich insbes. bei der freiberuflichen Selbstverwaltung. Denn bei einem Verzicht auf die freiberufliche Selbstverwaltung würden deren Aufgaben nicht ersatzlos entfallen. Vielmehr müssten diese dann unmittelbar durch staatliche Stellen wahrgenommen werden. So müssten etwa einer staatlichen Stelle die Aufgaben der Berufszulassung und der Überwachung der Berufspflichten zugewiesen werden. Die durch die Berufssatzung geregelten Fragen müssten nunmehr unmittelbar in die Berufsgesetze aufgenommen oder durch Rechtsverordnung geregelt werden. Im Ergebnis bliebe die Regulierungsintensität unverändert. Allerdings geht die Pflichtmitgliedschaft in einer Berufskammer negativ in den OECD-Regulierungsindex ein, während die Regulierung durch den Staat zu einem positiven Indexwert führt.

3. Vorteile der Selbstverwaltung

Insgesamt hat sich die freiberufliche Selbstverwaltung als effektives Organisationsmodell etabliert, welches einerseits dem Freiheitsrecht der Berufsangehörigen und andererseits dem Prinzip der Unabhängigkeit und der Gemeinwohlbindung Freier Berufe Rechnung trägt. Das Subsidiaritätsprinzip wird mit der freiberuflichen Selbstverwaltung

¹⁰ www.oecd.org/economy/pmr – zuletzt abgerufen am 06.05.2016.

¹¹ *Henssler*, Regulierung und Selbstverwaltung der Freien Berufe in Europa (Fn. 9), S. 33, 46 ff.; *Henssler/Wambach* (Fn. 2), S. 76.

umgesetzt.¹² Es ist v.a. nicht ersichtlich, dass eines der Alternativmodelle effizienter wäre.¹³

Wichtig ist es, innerhalb der Kammern mögliche Interessenkonflikte und Möglichkeiten zur Wettbewerbsbehinderung auszuschließen. Zu nennen ist hier bspw. die Problematik, ob Berufsangehörige tatsächlich in der Lage sind, unbefangen die Berufsaufsicht über ihre „Kollegen“ auszuüben. Diesem Problem wird in Deutschland durch ein System begegnet, in dem die Selbstverwaltung, die Berufsaufsicht und die Selbstregulierung strikt von der verbandlichen Interessenvertretung getrennt sind. Die berufsständische Interessenvertretung wird nämlich nicht durch die Kammern, sondern durch von diesen unabhängige privatrechtlich organisierte Berufsverbände wahrgenommen, so bspw. für den Berufsstand der Rechtsanwälte durch die regionalen Anwaltsvereine und den Deutschen Anwaltverein. Die Mitgliedschaft in diesen Verbänden ist freiwillig.¹⁴ Die Berufskammern sollten auch aus eigenem Interesse darauf achten, dass diese Trennung möglichst strikt durchgehalten wird.

IV. Honorar- und Gebührenordnungen

1. Rechtslage

In Deutschland existieren für Rechtsanwälte, Steuerberater, die Heilberufe sowie Architekten und Ingenieure durch den Gesetzgeber beschlossene Gebühren- bzw. Honorarordnungen. Nur das Berufsrecht der Wirtschaftsprüfer kennt keine entsprechenden Regelungen. Die genannten Honorare sind auf die jeweiligen berufstypischen Dienstleistungen abgestimmt und werden nach einer jeweils festgelegten Berechnungsmethode bestimmt. Die Honorar- und Vergütungsordnungen führen dadurch i.d.R. zu einer transparenten und angemessenen Vergütung

¹² Vgl. *Henssler/Wambach* (Fn. 2), S. 56; *Michel*, Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2014, 225, 248 f.

¹³ *Henssler*, Regulierung und Selbstverwaltung der Freien Berufe in Europa (Fn. 9), S. 33, 68; *Kluth*, NVwZ 2002, 298, 300.

¹⁴ Vgl. *Henssler/Wambach* (Fn. 2), S. 56.

für freiberufliche Dienstleistungen und berücksichtigen dabei die Interessen beider Vertragsparteien.¹⁵

Die Anbieter und Nachfrager einer freiberuflichen Dienstleistung sind aber grundsätzlich berechtigt, eine von der Honorar- oder Gebührenordnung abweichende Vergütungsabrede zu treffen. Insoweit ist die Beantwortung der Frage 39 durch die Landesregierung missverständlich. Preiswettbewerb ist ausdrücklich auch bei den Freien Berufen möglich. Ausnahmen bilden nur die Mindestvergütung bei der gerichtlichen Vertretung durch einen Rechtsanwalt (§ 49b Abs. 1 S. 1 BRAO – für die außergerichtliche Beratung und Vertretung gibt es keinen Mindestpreis) sowie die Mindest- und Höchstpreise nach § 7 Abs. 3 und 4 HOAI.¹⁶

2. Vertragsverletzungsverfahren

Gegenstand des durch die EU-Kommission angestrebten Vertragsverletzungsverfahrens ist mithin auch nicht die HOAI an sich, sondern lediglich die darin normierten Mindest- und Höchstpreise. Ein Verstoß dieser Mindest- und Höchstpreise gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV und Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie ist auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH wahrscheinlich. Ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit muss jedenfalls bejaht werden. Denn nach Art. 15 Abs. 2 Lit. g) i.V.m. Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie müssen Mindest- oder Höchstpreise nicht diskriminierend, erforderlich und verhältnismäßig sein.

In Frage steht insbesondere die Erforderlichkeit. Gemeinhin werden insbesondere die Mindestpreise als Instrument der Qualitätssicherung verstanden.¹⁷ Ohne eine Mindestvergütung könne sich ein Architekt nicht in

¹⁵ Vgl. *Michel* (Fn. 12), S. 225, 227.

¹⁶ Vgl. ausführlich *Michel* (Fn. 12), S. 225, 227 ff.

¹⁷ Vergleiche dazu nur die Stellungnahme der Bundesarchitektenkammer und der Bundesingenieurkammer „Vertragsverletzungsverfahren gegen die HOAI“ vom 31.07.2015, S. 13 ff., im Internet abrufbar unter www.bak.de/w/files/bak/stellungnahmen/hoai-vertragsverletzungsverfahren-stellungnahme-aho-bak-bingk-31072015.pdf (zuletzt abgerufen am 09.06.2016); *Kleen/Riegler/Schäfer* NJW 2015, 3404, 3405 f.; Vgl. zur BRAO *Hartung/Hartung*, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 5. Aufl. 2012, § 49b BRAO Rn. 13; *Feuerich/Weyland/Weyland*, Bundesrechtsanwaltsordnung, 8. Aufl. 2012, § 49b BRAO Rn. 11; Vgl. auch *Michel*, Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2014, 225, 230.

angemessenem zeitlichen Umfang mit einem Auftrag beschäftigen, um die notwendige Mindestqualität sicherzustellen. Ein „ruinöser Preiswettbewerb“ zu Lasten der Qualität müsse verhindert werden. Mit diesem Argument haben das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit die Mindestpreise begründet¹⁸, ohne diese These allerdings inhaltlich auf seine Richtigkeit zu überprüfen.

Ökonomisch ist die Wirkung der Preisordnungen umstritten. Zunächst besteht der Verdacht, dass verbindliche Mindestpreise zu einem Überangebot an freiberuflichen Dienstleistungen führen können. In der Folge käme es gerade durch die Preisvorgabe zu einem verschärften Wettbewerb zwischen den Berufsträgern. Verbindliche Preisvorgaben sind daher nicht zwingend in Sinne der Anbieter freiberuflicher Dienstleistungen. Aktuell richtet sich der Fokus ökonomischer Studien auf die Wechselwirkungen von Vertrauensgütern, Preisordnungen und der Qualität der Dienstleistung. Dieses Forschungsfeld ist für freiberufliche Dienstleistungen von großer Relevanz, da diese i. d. R. zu den Vertrauensgütern¹⁹ zählen. Experimentelle Studien haben zuletzt einen positiven Einfluss von Festpreisen auf die Qualität belegt.²⁰ Allerdings ist eine verallgemeinerte Aussage auf Basis des Forschungsstands noch nicht möglich.

Es ist zu erwarten, dass die EU-Kommission das Vertragsverletzungsverfahren mit einer Klage vor dem EuGH fortsetzen wird. Hierbei wird der EuGH die Mindest- und Höchstpreise nach der HOAI insbesondere anhand des Konvergenzprinzips überprüfen. Danach spricht gegen die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung, dass in vergleichbaren Sachverhalten eine vergleichbare Regelung nicht getroffen wurde. Solche der HOAI vergleichbare Gebührenordnungen existieren nur

¹⁸ Vgl. BVerfG NJW 2006, 495, 496 zu § 4 HOAI und BGH NJW 2009, 534, 535 zu § 49b Abs. 1 BRAO.

¹⁹ Bei Vertrauensgütern kann der Kunde nicht vom Ergebnis der Leistung auf die Qualität der Leistungserstellung bzw. die Anstrengungen, die der Leistungserbringer unternommen hat, schließen. So ist z. B. in vielen Fällen die Genesung des Patienten nur zu einem gewissen Teil von der ärztlichen Leistung abhängig.

²⁰ Vgl. etwa *Mimra/Rasch/Waibel*, Price competition and reputation in credence goods markets: Experimental evidence, CER-ETH – Center of Economic Research at ETH Zurich Working Paper No. 13/176, abrufbar unter SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2240349> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2240349>.

noch in Malta und Griechenland²¹. Hingegen wurden in den letzten Jahren in Frankreich, Italien und Spanien vergleichbare Honorarordnungen mit dem Ziel eines freien Preiswettbewerbs aufgehoben.²² Wären Mindest- und Höchstpreise für die Einhaltung einer Mindestqualität erforderlich, müsste es in diesen Mitgliedstaaten ernsthafte Qualitätsprobleme geben. Hiervon ist aber nichts bekannt.²³ Auch ist nicht ersichtlich, dass ein in Deutschland abweichendes Marktumfeld Mindest- und Höchstpreise erforderlich machen würde.

Weiterhin ergibt sich eine Inkongruenz aus dem Vergleich mit den übrigen Freien Berufen in Deutschland. Auch hier wird – wie eingangs erläutert – weitgehend auf gesetzliche Mindestpreise verzichtet.

Zudem muss berücksichtigt werden, dass eine Vielzahl von Vorschriften, welche ein Architekt oder Ingenieur bei der Erbringung von Dienstleistungen beachten muss, schon der Qualitätssicherung dienen. Zu nennen sind die Vorschriften des öffentlichen und privaten Baurechts²⁴, die Verpflichtung zur Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik²⁵ (bspw. die „Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen“ DIN 18299 ff.²⁶) sowie die berufsrechtlichen Verpflichtungen, den Beruf gewissenhaft auszuüben²⁷ und die anerkannten Regeln der Technik²⁸ zu beachten. Schließlich wirken

²¹ Vgl. *Henssler/Wambach* (Fn. 2), S. 76.

²² Vgl. *Henssler/Wambach* (Fn. 2), S. 76.

²³ Zurückhaltender *Kleen/Riegler/Schäfer* NJW 2015, 3404, 3405 f., nach denen belastbare Quellen für diese Annahme nicht vorlägen.

²⁴ Vgl. *Michel* (Fn. 12), S. 225, 235.

²⁵ Vgl. hierzu *Messerschmidt/Voit/von Rintelen*, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, 1. Teil H. Rn. 24 ff.

²⁶ Vgl. hierzu *Messerschmidt/Voit/von Rintelen* (Rn. 25), 1. Teil H. Rn. 64 ff. Dazu auch *Michel* (Fn. 12), S. 225, 235.

²⁷ Vgl. z.B. Ziff. 1.4 der Berufsordnung der Bayerischen Architektenkammer; Ziff. 1. der Grundsätze zur Berufsordnung (Berufsgrundsätze) für die Mitglieder der Ingenieurkammer Hessen; § 1 Abs. 1 der Satzung über eine Berufsordnung der Architektenkammer Rheinland-Pfalz.

²⁸ Vgl. z.B. § 1, 2 Berufsordnung der Bayerischen Ingenieurkammer-Bau.

mögliche Verpflichtungen zum Schadensersatz²⁹ sowie der Reputationsmechanismus verhaltenssteuernd³⁰.

3. Subsidiäre Honorar- und Gebührenordnung

Eine alternative und vorzugswürdigere Ausgestaltung aller Honorar- und Gebührenordnungen liegt in der nur subsidiären Geltung. Danach sind die in der Honorar- oder Gebührenordnung ausgewiesenen Vergütungen nur geschuldet, wenn die Vertragsparteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben. Denn die in den Honorar- und Gebührenordnungen angewendeten Berechnungsmethoden führen grundsätzlich zu einer angemessenen Vergütung. Für Anbieter und Konsumenten wäre im Voraus ersichtlich, welche Kosten für eine bestimmte Leistung grundsätzlich als angemessen angesehen werden. Ein Abweichen von der vorgeschlagenen Vergütung erfordert dann eine hinreichende Begründung.³¹ Dies stärkt v.a. die Verhandlungsposition des Konsumenten einer freiberuflichen Dienstleistung, der die Angemessenheit der geforderten Vergütung bei Fehlen jeglicher Orientierungspunkte regelmäßig nur schlecht beurteilen kann.

Ergänzt werden könnte diese Regelung durch eine schon jetzt bekannte berufsrechtliche Regelung der Angemessenheit, die nach dem Vorbild der geltenden Rechtsprechung zur Rechtsanwaltsvergütung eher weit ausgelegt und sich insbesondere nach dem Aufwand und an den Haftungsrisiken für den Berufsträger bemessen sollte.³² Alle weiteren berufs- wie zivilrechtlichen Beschränkungen, etwa die Grenze des § 138 BGB, blieben natürlich unberührt.³³

²⁹ Vgl. hierzu Soergel/*Spickhoff*, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 2005, Vor § 823 BGB Rn. 31 ff.; BeckOK BGB/*Spindler*, § 823 BGB Rn. 0.7; MünchKomm. BGB/*Wagner*, 6. Aufl. 2013, Vorbem. § 823 Rn 40 f. und 45 ff.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 75 I 21, S. 354; *Koch*, JZ 1999, 922, 924; *Rohe*, AcP 201 (2001), 117, 125 f. jeweils m.w.N. Vgl. auch ausführlich *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 ff.

³⁰ Vgl. zum Ganzen *Klöhn/Schmolke*, NZG 2015, 689, 690 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2013, S. 545 ff. Konkret zur HOAI *Michel*, Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2014, 225, 236.

³¹ *Michel* (Fn. 12), S. 225, 240.

³² *Michel* (Fn. 12), S. 225, 239 f.

³³ Vgl. *Michel* (Fn. 12), S. 225, 239 f.

V. Gesellschaftsrechtliche Beschränkungen

1. Rechtsformwahl

Hinsichtlich der Rechtsformwahl Freier Berufe bestehen in Deutschland nahezu keine Einschränkungen mehr. Vor allem der überkommene Grundsatz, nachdem die freiberufliche Berufsausübung in einer Kapitalgesellschaft dem Wesen des Freien Berufs widersprechen würde, ist heute für alle Freien Berufe aufgehoben. Allein die OHG und die KG stehen den Freien Berufen als Handelsgesellschaften nicht zur Verfügung. Diese Beschränkung ergibt sich aber allein aus dem Handelsrecht und nicht aus dem Berufsrecht der Freien Berufe. Für die OHG steht mit der Partnerschaftsgesellschaft als spezifische Rechtsform für Freie Berufe eine gleichwertige Alternative zur Verfügung. Allein die KG – und damit die GmbH & Co KG – steht nur den Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern offen, was in der Literatur teilweise kritisiert wird.³⁴ Diskutiert wird eine Öffnung der Handelsgesellschaften hin zu einer allgemeinen Unternehmensgesellschaft nach österreichischem Vorbild.

2. Fremdkapitalbeteiligungen

Unter dem Stichwort der Fremdkapitalbeteiligung, die in den Fragen 32 bis 34 der Großen Anfrage 18 angesprochen werden, fallen verschiedene Fragestellungen.

Zunächst ist die Frage zu stellen, ob an einer Berufsausübungsgesellschaft beteiligte Berufsangehörige aktiv in der Gesellschaft mitarbeiten müssen. Dies wird durch § 1 Abs. 1 S. 1 PartGG für die Partnerschaftsgesellschaft explizit angeordnet.³⁵ Für den Beruf des Rechtsanwalts wird das gleiche Erfordernis berufsrechtlich aus § 59a Abs. 1 S. 1 BRAO abgeleitet.³⁶ In der Folge ist es in der Partnerschaftsgesellschaft und für insgesamt für

³⁴ Vgl. nur *Henssler*, Die freiberufliche GmbH & Co. KG – Systemwidrigkeit oder verfassungsrechtliche Notwendigkeit?, FS Kreuzt, 2009, S. 635 ff.; *ders.* NZG 2011, 1121 ff.; *Henssler/Markworth*, NZG 2015, 1 ff.

³⁵ *Henssler*, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 17, 22 ff.

³⁶ *Deckenbrock*, Die berufliche Zusammenarbeit von Rechtsanwälten, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2015, Netzwerke im Privatrecht, 2016, S. 119, 122; *Kilian* in: Koch/Kilian, Anwaltliches Berufsrecht, 2007, B Rn. 845; *Henssler*, BRAK-Mitt. 2007, 186, 187.

Rechtsanwälte rechtlich unzulässig, bspw. ehemals aktive Gesellschafter im Ruhestand aus Gründen der Altersversorgung an der Gesellschaft zu beteiligen. Für andere Berufe ist dies durchaus zulässig. Einer einheitlichen Regelung stünden Gefahren für die Unabhängigkeit der noch aktiven Sozietätsmitglieder nicht entgegen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Rentenzahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen an ehemalige Gesellschafter oder deren Erben nicht unzulässig sind.

— Weiterhin stellt sich die Frage, ob auch Angehörige eines sozietätsfähigen Berufs nicht an einer Berufsausübungsgesellschaft nur kapitalmäßig beteiligt werden dürfen. Auch hier bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, da bei den sozietätsfähigen Berufen aufgrund der eigenen berufsrechtlichen Bindung von der Achtung auch des anderen Berufsrechts ausgegangen wird. Höchst fraglich ist allerdings, ob es für eine solche Beteiligung ein praktisches Bedürfnis gäbe.

— Fremdkapitalbeteiligungen durch nicht berufsangehörige Dritte sind aus dem Blickwinkel der beruflichen Unabhängigkeit, der Verschwiegenheitspflichten sowie der Beschlagnahmefreiheit höchst problematisch.³⁷ Allerdings sollten die Erfahrungen alternativer Modelle, etwa der sog. *alternative business structures*³⁸ in England und Wales sowie Schottland beobachtet werden. Diese Erfahrungen könnten langfristig zu einer Neubewertung der Frage in den übrigen Mitgliedstaaten der EU führen.

Für Deutschland durchaus diskussionswürdig wäre eine Regelung nach bspw. österreichischem Vorbild, nach der Minderheitsbeteiligungen von Familienangehörigen oder Erben³⁹ zumindest zeitweise zulässig sind. Hier wäre durchaus eine praktische Relevanz zu erkennen.

³⁷ Vgl. Feuerich/Weyland/Brüggemann (Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert.), § 59e BRAO Rn. 2.; Römermann, BeckOK BRAO, § 59e BRAO Rn. 4.

³⁸ Vgl. dazu Kilian, NJW 2014, 1766 ff.; Kilian/Lemke, AnwBl. 2011, 800 ff.

³⁹ Vgl. auch Henssler/Wambach (Fn. 2), S. 80.