

## Anwaltsrecht

## Zusammenarbeit mit Of Counsel verstößt gegen § 59a BRAO

BGH: Kooperationen und Zuarbeit werden vom Verbot aber weiterhin nicht erfasst

Akad. Rat Dr. David Markworth, Köln

Der **Anwaltssenat des BGH** hat erstmals über einen **Of Counsel einer Kanzlei** entschieden: Die dauerhafte Zusammenarbeit einer Kanzlei mit einem Jura-Professor als Of Counsel in konkreten Mandaten hält der BGH für unzulässig. Gleichzeitig stellt der BGH klar: Zuarbeit und Kooperation mit Dritten als Of Counsel können aber möglich sein. Der Autor ordnet den Beschluss ein und betont, dass der BGH nicht auf das Label Of Counsel, sondern auf den zugrundeliegenden Sachverhalt geschaut hat. Zugleich zeigt der Autor, dass es ein Defizit bei der Verfolgung von Verstößen gegen das RDG gibt.

### I. Einleitung

In seinem Beschluss vom 22. Juli 2020 (Az. AnwZ (Brfg) 3/20) hat der Anwaltssenat des BGH erstmalig umfassend zur Zulässigkeit einer Zusammenarbeit von Anwälten mit so genannten Of Counsel Stellung genommen. Materiell-rechtlich vermögen die Ausführungen des BGH zu überzeugen. Umso bedauerlicher ist es, dass er die Zulassung der Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil des Niedersächsischen AGH, welches die Klage eines Anwalts (Gesellschafter einer PartG mbB) gegen eine ihm erteilte missbilligende Belehrung wegen eines Verstoßes gegen § 59a BRAO aufgrund einer berufsrechtswidrigen gemeinschaftlichen Berufsausübung mit einem Of Counsel abgewiesen hatte,<sup>1</sup> abgelehnt hat. Die Ablehnung der Berufungszulassung lässt sich zwar mit der Vielgestaltigkeit der unterschiedlichen Of Counsel-Sachverhalte rechtfertigen (Rn. 28), angesichts der erheblichen Sprengkraft, welche bereits den höchstrichterlichen Überlegungen im Beschluss innewohnt, wird dadurch aber die Chance für eine bedeutende Rechtsfortbildung vertan.

### II. Der Of Counsel: Praktisch relevant – (berufs-)rechtlich unbekannt

Mit seinen Ausführungen zum Of Counsel betritt der Anwaltssenat, genau wie der Niedersächsische AGH in der Vorinstanz, erkennbar Neuland. Die Bezeichnung kommt im Berufsrecht nicht vor und hat auch ansonsten keinen allgemein anerkannten Bedeutungsinhalt. In der Praxis wimmelt es aber geradezu von Of Counsel. Sozietäten jeglicher Größe und Rechtsform führen auf ihren Homepages unter dieser Bezeichnung ehemalige Mitsozien, Honoratioren der lokalen Wirtschaft und Gesellschaft (Bürgermeister, Abgeordnete, frühere Wirtschaftsbesitzer), verstärkt aber – wie im vorliegenden Fall – auch (emeritierte) Hochschullehrer auf. Dem Verfasser

ist sogar eine „Berufsausübungsgesellschaft“ bekannt, die (auch) den Namen eines Hochschullehrers trägt.

Eine Anwaltszulassung haben die genannten Personen in den seltensten Fällen. Oftmals hätten sie auch gar keine Chance, eine solche zu erlangen. So geht es insbesondere den verbeamteten Hochschullehrern, denen die Zulassung gem. § 7 Nr. 10 BRAO versagt ist – zu Recht, wie BGH und BVerfG bereits mehrmals entschieden haben.<sup>2</sup> Die genaue Tätigkeit des Of Counsel wird auf den Kanzlei-Internetpräsenzen zu meist nur ganz ansatzweise offengelegt. Praktisch dürfte das Betätigungsfeld der Of Counsel sehr weit sein. Von „Frühstücksberatern“, deren Tätigkeit sich darauf beschränkt, mit ihrem guten Namen die Homepage zu schmücken, über Spezialisten, die punktuell Memos zu schwierigen Rechtsfragen beisteuern, bis zu Quasi-Mitsozien, wie im vorliegenden Fall, dürfte alles dabei sein. Damit soll zugleich vor unzulässigen Verallgemeinerungen des BGH-Beschlusses gewarnt werden, wobei auf die konkreten Auswirkungen der Entscheidung für die Of-Counsel-Branche noch zurück zu kommen sein wird.

### III. Die Entscheidung vermag zu überzeugen

In der Sache vermögen die Ausführungen des Anwaltssenats vollumfänglich zu überzeugen. Es ist dem BGH nicht anzulasten, dass der Streit um die Of Counsel-Tätigkeit im Rahmen des § 59a BRAO höchst ungewöhnlich verortet ist und sachgerechter auf anderem Wege auszufechten gewesen wäre.

Der Anwaltssenat musste sich (nur) die Frage stellen, ob vorliegend eine nicht mehr von § 59a Abs. 1 Satz 1 BRAO gedeckte Verbindung des klagenden Rechtsanwalts zu einer gemeinschaftlichen Berufsausübung vorlag. Dies hat er, jedenfalls auf der Grundlage des ehemals geltenden Rechts, zutreffend bejaht.

Rechtsanwälte dürfen nach § 59a Abs. 1 und 2 BRAO ihren Beruf allein mit den Angehörigen eines eng gefassten Kreises anderer Berufsgruppen (den sog. sozietätsfähigen Berufen) gemeinschaftlich ausüben. Obschon es sich um eine der Kernvorschriften des anwaltlichen Berufsrechts handelt, ist bislang erstaunlich wenig konturiert, was das genau heißen soll. Auf der Hand liegt, dass es hier zunächst einmal um die Zusammenarbeit im Rahmen einer Berufsausübungsgesellschaft geht, also um gemeinsame Betätigungen, die auf einer gesellschaftsvertraglichen Regelung, welche der Anwalt mit einem Dritten trifft, fußen.<sup>3</sup> Klar ist aber auch, dass mit Berufsausübungsgesellschaften das Spektrum an Möglichkeiten, wie sich die Zusammenarbeit zwischen Rechtsanwältinnen und den Angehörigen anderer Berufe vollziehen kann, keinesfalls ausgeschöpft ist.

Auf diese Tatsache reagiert das Gesetz aber nur ganz partiell: So sollen die Regelungen des § 59a Abs. 1 und 2 BRAO für die Bürogemeinschaft gemäß § 59a Abs. 3 BRAO entsprechend gelten. Schwierig wird es immer dann, wenn eine Zusammenarbeit „anderer Art“ in Rede steht. Eindrucksvoll illustrieren lässt sich dies an der so genannten „Kooperation“. Kooperationen sind eine Form der anwaltlichen Zusammenarbeit, bei der – ebenso wie bei einer Bürogemeinschaft – keine gemeinsame

1 AGH Niedersachsen, Urt. v. 11.11.2019 – AGH 39/16 (I/13) = BeckRS 2019, 41298.

2 BVerfG, Beschl. v. 30.6.2009 – 1 BvR 893/09 = NJW 2009, 3710; Beschl. v. 15.3.2007 – 1 BvR 1887/06 = NJW 2007, 2317; BGH, Beschl. v. 10.10.2011 – AnwZ (B) 10/10 = NJW 2012, 615; Beschl. v. 6.7.2009 – AnwZ (B) 52/08 = NJW-RR 2009, 1576; Beschl. v. 26.2.2019 – AnwZ (Brfg) 49/18 = DSfR 2019, 2334.

3 Vgl. insofern deutlich Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 59a Rn. 1.

Annahme von Mandaten erfolgt,<sup>4</sup> rechtlich können sie jedoch durchaus als Gesellschaften (GbR) zu qualifizieren sein<sup>5</sup>. Ihre Ausgestaltung im Einzelfall ist aber völlig offen und divers. Dennoch wird im Anschluss an eine BGH-Entscheidung einhellig vertreten, dass für Kooperationsvereinbarungen die Beschränkungen des § 59a BRAO nicht gälten.<sup>6</sup> Ob das Label Kooperation im Einzelfall auch zum tatsächlichen Inhalt der Zusammenarbeit passt, spielt dann meist keine Rolle mehr.

Der Anwaltssenat tut daher gut daran, sich vorliegend nicht an der Bezeichnung „Of Counsel“ – mit welcher das Gesetz weder etwas anfangen kann, noch anfangen will – festzuhalten, sondern auf den gelebten Inhalt der Zusammenarbeit abzustellen. Allerdings lässt sich dieses Vorgehen – anders als der BGH meint (Rn. 9) – kaum mit dem Wortlaut der Gesetzesbegründung rechtfertigen. Der Gesetzgeber hat zwar im Rahmen der Neufassung des § 59a Abs. 1 Satz 1 BRAO den Zusatz „in einer Sozietät“ gestrichen, doch wollte er damit – neben der Zulässigkeit von Sternsozietäten – nur zum Ausdruck bringen, dass Rechtsanwältinnen keine *gesellschaftsrechtliche* Organisationsform vorgeschrieben werde (vgl. BT-Drucks. 16/3655, S. 83, Hervorhebung durch den Verfasser). Für den vom BGH eingeschlagenen Weg lassen sich aber systematische und teleologische Argumente fruchtbar machen: Die BRAO kennt bislang kein allgemeines Berufsgesellschaftsrecht. Dies wird bereits daran deutlich, dass § 59e Abs. 1 Satz 1 BRAO eine eigenständige Regelung zum Gesellschafterkreis der Rechtsanwaltsgesellschaft enthält. Dies spricht dafür, § 59a Abs. 1 und 2 BRAO gesellschaftsrechtsunabhängig zu verstehen. Hinzu kommt das auch vom BGH angeführte Argument, dass sich die Frage, ob ein Vertrag über eine Zusammenarbeit als Gesellschaftsvertrag zu qualifizieren ist, kaum jemals letztendgültig beantworten lässt (Rn. 9). All dies macht es erforderlich, aus § 59a Abs. 1 und 2 BRAO andere Kriterien zu extrahieren, wann die Schwelle zu einer gemeinschaftlichen Berufsausübung überschritten ist und damit das darin enthaltene Verbot greift. Der Anwaltssenat stellt insofern zwei Anforderungen auf. Zum einen werde die „bloße Zuarbeit“ (Rn. 11) vom Verbot freigestellt. Der Drittberufler, mit dem sich ein Anwalt zusammenschließen müsse, damit § 59a BRAO greift, „verantwortlich, weisungsunabhängig, und mit Außenwirkung an der juristischen Mandatsbearbeitung“ mitwirken (Rn. 9). Zum anderen müsse die Zusammenarbeit „verstetigt“ und „für eine längere Dauer vorgesehen“ sein.

Beide Merkmale vermögen zu überzeugen. Sie ermöglichen es, künftigen Versuchen einer Umgehung der Vorgaben in § 59a Abs. 1 und 2 BRAO beherzt entgegenzutreten. Anders ausgedrückt: Da der Anwaltssenat nicht auf das ihm dargebotene Label, sondern hinter die Verpackung schaut, schiebt er hier auf einen Schlag nicht nur der Zusammenarbeit mit einem sich als Quasi-Anwalt gerierenden Of Counsel, sondern auch mit Pseudo-Kooperationspartnern und Möchtegern-Minijobbern einen Riegel vor. Rechtspolitisch sollte daher sogar überlegt werden, die BGH-Merkmale bei einer künftigen Neufassung des § 59a BRAO zu berücksichtigen.

#### IV. Fehlender Verfassungsrechtsverstoß

Insofern man – entsprechend der vorstehenden Ausführungen – zu dem Schluss kommen musste, dass im vorliegenden Fall eine gemeinschaftliche Berufsausübung vorlag, war es auch gerechtfertigt, diese als gemäß § 59a Abs. 1 Satz 1 BRAO verboten anzusehen. Denn Hochschulprofessoren gehören –

wie der Anwaltssenat pointiert anmerkt (Rn. 13) – nicht zu den sozietätsfähigen Berufen, mit denen Rechtsanwältinnen nach § 59a Abs. 1 und 2 BRAO interprofessionell zusammenarbeiten dürfen. Wenn man sich vor Augen führt, dass unter die Gruppe der Hochschulprofessoren und Hochschulprofessorinnen so unterschiedliche Charaktere, wie die Angehörigen der medizinischen, mathematischen und juristischen Fakultät fallen, erscheint es abwegig dies überhaupt in Betracht zu ziehen. Es lässt sich kein Argument dafür finden, weshalb sie als Gruppe berufsrechtlich homogen zu behandeln sein sollten.

Auch wenn in die Betrachtung einbezogen wird, dass nunmehr bereits seit einigen Jahren feststeht, dass § 59a BRAO in seiner derzeitigen Form gegen die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) verstößt, ändert sich nichts an der Bewertung. Das BVerfG hat eine Öffnung des Kreises der sozietätsfähigen Personengruppen für weitere Berufe in seinem Beschluss vom 12. Januar 2016<sup>7</sup> insbesondere nur insoweit für verfassungsrechtlich geboten erachtet hat, als diese einer hinreichend abgesicherten Verschwiegenheitspflicht unterliegen.<sup>8</sup> An einer unmittelbar gesetzlich abgesicherten Verschwiegenheitspflicht des Of Counsel im vorliegenden Fall fehlte es aber schon aus dem naheliegenden Grund, dass dieser keinen der „klassischen“ Drittberufe, mit denen sich Anwälte sonst gerne zusammenschließen, ausübte. Streng genommen stand nicht einmal eine interprofessionelle Berufsausübung in Rede. Vielmehr hätte sich der Of Counsel – wenn ihn sein Beamtenstatus nicht daran gehindert hätte – einfach wieder als Rechtsanwalt zulassen und damit in den Genuss des anwaltlichen Verschwiegenheitsschutzes kommen können.

Eine solche Konstellation muss das Gesetz nicht schützen. Der Anwaltssenat hat deshalb zu Recht schon nicht an der Erforderlichkeit des hier greifenden Verbots gezweifelt. Dass für einen Hochschullehrer, wenn er als Verteidiger tätig wird, § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB, § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO gilt, weshalb auch keine Bedenken bestünden, ihn insofern als Of Counsel anzuerkennen, tut hier nichts zur Sache (Rn. 20). Denn diese Ungleichbehandlung hat ihren Grund (allein) in den wenig kohärenten Regeln über zulässige Nebentätigkeiten für (verbeamtete) Hochschullehrer. Es ist durchaus in Betracht zu ziehen, diese zu ändern. So vermag es etwa nicht einzuleuchten, warum ein Hochschulprofessor zwar Richter, nicht aber Rechtsanwalt im Nebenamt sein darf. Der hiesige Fall hat damit aber nichts zu tun.

#### V. Keine abweichende Bewertung unter Geltung der neuen Rechtslage

Bedauerlicherweise stellt der Anwaltssenat in seinem Urteil allein auf die im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung geltende Rechtslage ab. Er hält damit die Rechtslage für maßgeblich, die galt, als die zuständige Anwaltskammer die durch den Kläger später angegriffene missbilligende Belehrung erteilte. Der Senat begründet dies damit, dass eine Missbilligung nur eine momentane Wirkung zum Zeitpunkt ihres Erlasses entfalte und nicht in der Art eines Dauerverwaltungsakts

<sup>4</sup> Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 59a Rn. 135.

<sup>5</sup> Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 59a Rn. 137.

<sup>6</sup> BGH, Beschl. v. 25.7.2005 – AnwZ (B) 42/04 = NJW 2005, 2692; Deckenbrock/Markworth, in: Kilian/vom Stein/Offermann-Burckart, Praxishandbuch Anwaltsrecht, 3. Aufl. 2018, § 9 Rn. 289.

<sup>7</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.1.2016 – 1 BvL 6/13 = BVerfGE 141, 82

<sup>8</sup> So auch bereits BGH, Urt. v. 29.1.2018 – AnwZ (Brfg) 32/17 = NJW 2018, 1095.

fortwirke (Rn. 17). Angesichts dessen, dass die Belehrung relativ offensichtlich auch die zukünftige Arbeit des Klägers einschränkt, vermag dies nicht zu überzeugen.<sup>9</sup> Dem Anwaltsrat ermöglicht der von ihm gewählte Kunstgriff, sich – wieder einmal<sup>10</sup> – einer Prüfung der durch das Gesetz zur Neuordnung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen vom 30. Oktober 2017 (BGBl. I, S. 3618) eingetretenen Änderungen zu entziehen.

Das gefundene Ergebnis wäre aber auch nach der nunmehr geltenden Rechtslage zu halten gewesen. Denn auch nach neuem Recht lässt sich eine strafrechtliche und -prozessuale Absicherung der Verschwiegenheitspflicht des mit einem Anwalt über einen Of Counsel-Vertrag verbundenen Hochschullehrers nicht begründen. Der Täterkreis des § 203 StGB n.F. wurde auf sonstige Personen erweitert, denen ein Rechtsanwalt ein Geheimnis offenbaren durfte, weil dies für die Mitwirkung dieser Personen an der anwaltlichen Tätigkeit erforderlich war (vgl. § 203 Abs. 4 Satz 1 StGB n.F.). Im Gegenzug erhalten sie ein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 53a Abs. 1 Satz 1 StPO n.F.). Maßgeblich kommt es aber auf den Wortlaut des § 53a Abs. 1 Satz 1 StPO n.F. an. Die Verwendung von „oder“ zur Differenzierung zwischen den einzelnen Tatbestandsalternativen verdeutlicht, dass es sich bei sämtlichen der aufgezählten Personen um solche handeln muss, die lediglich „Hilfstätigkeiten“, zur anwaltlichen Berufsausübung beisteuern.<sup>11</sup> Personen, die dem Rechtsanwalt gleichgeordnet sind, sollen also weiterhin nicht den Schutz des Strafprozessrechts genießen, selbst wenn im Gesetz heute nicht mehr von „Gehilfen“ die Rede ist.

Dafür spricht auch eine historische Auslegung: Die Gesetzesneufassung diene (allein) der Klärung offener Rechtsfragen beim sog. „Non-Legal-Outsourcing“, worunter etwa die Auslagerung von IT-Services auf externe Dienstleister fällt. Es würde den gesetzgeberischen Willen arg überdehnen, wenn man davon ausginge, der Gesetzgeber habe implizit zugleich zur umstrittenen Frage der Erweiterung des Kreises der sozietätsfähigen Personen Stellung nehmen wollen. Weiterhin gilt also, dass der Kreis sozietätsfähiger Berufe über den Wortlaut des § 59a BRAO hinaus nur insofern erweiterbar ist, als sich Rechtsanwälte mit Berufsträgern zusammenschließen, die einer durch §§ 203 StGB, 53 f. StPO ausdrücklich strafrechtlich und -prozessual abgesicherten Verschwiegenheitspflicht unterworfen sind.

## VI. Was bleibt erlaubt?

Obschon der Anwaltsrat mit der vorliegenden Entscheidung „nur“ die Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Niedersächsischen AGH abgelehnt hat, macht er doch erfreulich deutlich, an welchen Maßstäben sich die Praxis künftig ausrichten kann. Von einem Verstoß gegen § 59a BRAO ist insbesondere dann nicht auszugehen, wenn sich ein nicht-anwaltlicher Of Counsel „auf die bloße Zuarbeit“ im Innenverhältnis beschränkt (Rn. 11). Es geht dem BGH allein darum, die „Rechtsberatung nach außen“ zu unterbinden oder m.a.W. die „originäre[...] Bearbeitung wesentlicher Teile eines Mandats“ (Rn. 11).

## VII. Verweis auf tieferliegenden Misstand

Daran wird erkennbar, dass die Streitfrage, zu welcher der BGH hier Stellung genommen hat, nicht den Kern der im Sachverhalt aufscheinenden Problematik trifft. Man muss sich vor Augen führen, dass es in der vorliegenden Konstellation eigentlich nicht das Verhalten des klagenden Anwalts war, an dem sich die ihn berufsrechtlich sanktionierende Anwaltskammer gestört hat. Auch dem unbefangenen Leser bereitet vielmehr vor allem das Auftreten des – am Verfahren unbeteiligten – Of Counsel Bauchschmerzen. Laut Rahmenvertrag war er – ohne über eine Anwaltszulassung zu verfügen – in die Beratung von Mandanten sowie ihre Begleitung und Vertretung bei außergerichtlichen Verhandlungen involviert. Damit hat er – wie der BGH herausstellt – eine „den Anwälten vorbehaltene Tätigkeit[...]“ ausgeübt und die Schranken der Rechtsdienstleistungsbefugnis von Hochschullehrern wohl weit überschritten (Rn. 14). Da er federführend und von Weisungen seitens der Partnerschaftsgesellschaft befreit (!) agierte, kann er sich auch nicht auf die Rechtsberatungsbefugnis der Partnerschaftsgesellschaft berufen. Auszugehen ist hier demgemäß von einem Verstoß gegen § 3 RDG.

In der Tatsache, dass die Anwaltskammer es augenscheinlich dennoch für notwendig befindet, den Umweg über eine missbilligende Belehrung des anwaltlichen Partners zu gehen, kommt mithin auch ein stückweises Versagen des rechtsdienstleistungsrechtlichen Sanktionsregimes zum Ausdruck. Damit enthält die Entscheidung nicht zuletzt ein starkes Plädoyer für ein verbessertes Enforcement des Rechtsdienstleistungsrechts.

## VIII. Fazit

Die Praxis sollte die Entscheidung, auch wenn es sich „nur“ um einen Beschluss im Berufungszulassungsverfahren handelt, zum Anlass nehmen, um ihre mannigfaltigen Kooperationen zu überdenken: Of Counsel ohne Anwaltszulassung müssen Zuarbeiter bleiben. Ihnen dürfen nicht die Fäden bei der Mandatsbearbeitung in die Hand gelegt werden.

Die Tragweite der Entscheidung geht über den entschiedenen Sachverhalt aber weit hinaus. Der Anwaltsrat beschreibt hier erstmalig ausdrücklich den Weg hin zu einer zutreffenden, modernen Auslegung des § 59a BRAO, die nicht mehr an den überkommenen, rein gesellschaftsrechtlich orientierten Kategorisierungsbemühungen festhält. Der BGH zeigt damit auf, wie das Berufsrecht trotz der in jüngerer Zeit zu beobachtenden Ausfransungen der Rechtsberatungswelt ein scharfes Schwert bleiben kann, sofern es denn mutig geführt wird. Das verdient Beifall!



Dr. David Markworth

ist Akad. Rat und Habilitand an der Universität zu Köln (Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht).

Leserreaktion an [anwaltsblatt@anwaltverein.de](mailto:anwaltsblatt@anwaltverein.de).

<sup>9</sup> Vgl. bereits Deckenbrock, BRAK-Mitt. 2018, 93; Markworth, WuB 2019, 46 (47).

<sup>10</sup> Vgl. bereits BGH, Urt. v. 29.1.2018 – AnwZ (Brfg) 32/17 = NJW 2018, 1095.

<sup>11</sup> Siehe aber Deckenbrock, BRAK-Mitt. 2018, 93 f.