

# Die Anwaltschaft als Pilotberuf: Quo vadis Sozietätsrecht?

Die überfällige Reform des Rechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften\*

Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

Nach den zwei Entscheidungen des BVerfG zur Unzulässigkeit von Mehrheitserfordernissen in einer Rechts- und Patentanwalts-GmbH (AnwBl 2014, 270) und zur Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von Ärzten und Apothekern aus dem Kreis der sozietätsfähigen Berufe (AnwBl 2016, 261) besteht im Recht der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Der Autor verdeutlicht, dass es mit einer bloßen Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht getan ist. Er fordert eine völlig neue Architektur des Personengesellschaftsrechts im Allgemeinen und des anwaltlichen Gesellschaftsrechts (§§ 59a ff. BRAO) im Besonderen. Gegenstand seines Beitrags sind neben der Skizzierung eines schlüssigen Gesamtkonzepts konkrete Vorschläge für die notwendige Reform.

## I. Die doppelte Herausforderung: Neuordnung sowohl des Gesellschafts- als auch des Berufsrechts

Das anwaltliche Berufsrecht der gemeinschaftlichen Berufsausübung weist nahezu in jeder Hinsicht Defizite auf. Die Schwächen beginnen bereits im Gesellschaftsrecht: Anwaltliche Berufsausübungsgesellschaften sind in aller Regel personalistisch und nicht kapitalistisch strukturiert, so dass die Personengesellschaften nach wie vor die beliebtesten Rechtsformen stellen. Das deutsche Recht der Personengesellschaften leidet indes seit Jahrzehnten an der Untätigkeit des Gesetzgebers, der zwar in Permanenz Reformen des Kapitalgesellschaftsrechts verabschiedet, die Personengesellschaften aber in seinen Reformüberlegungen links liegen lässt. Es fehlt damit an einem stimmigen, auf die Bedürfnisse der Praxis abgestimmten Gesamtkonzept der verschiedenen Personengesellschaften.

In einem ähnlich desolaten Zustand befindet sich das Berufsrecht der Anwaltskanzleien, das einem Torso gleicht. Einschlägige berufsrechtliche Vorschriften finden sich konzeptlos verstreut in der BRAO, der BORA und für die Berufsausübung in der Partnerschaft im PartGG. Zudem ist die Regelungsdichte für die einzelnen Rechtsformen ganz unterschiedlich. Die BRAO spricht die für die Praxis unverändert wichtigste<sup>1</sup> Rechtsform, nämlich die Sozietät als Gesellschaft bürgerlichen Rechts, nur in § 59a BRAO an. Ihr zur Seite stellt das Gesetz in den §§ 59c ff. BRAO eine reformbedürftige Überregulierung der Rechtsanwaltskanzlei mbH. Weitere Rechtsformen wie die Partnerschaft,<sup>2</sup> die Rechtsanwaltsaktiengesellschaft oder die Rechtsanwalts-KG&A werden von der BRAO ebenso vollständig ignoriert wie ausländische Rechtsformen, die nach der Rechtsprechung des

EuGH zur Niederlassungsfreiheit<sup>3</sup> auch für eine rein auf Deutschland beschränkte kooperative Berufstätigkeit gewählt werden können.<sup>4</sup> Allenfalls § 8 EuRAG spricht hier mit Blick auf den niedergelassenen europäischen Rechtsanwalts Teilprobleme an.

Der unbefriedigende Zustand ist seit Jahrzehnten bekannt und unter Fachleuten völlig unbestritten, ohne dass sich der Gesetzgeber der Problematik angenommen hat. Wieder einmal muss offenbar das BVerfG als Motor für notwendige Reformen herhalten. Gleich zwei aktuelle Entscheidungen des BVerfG, nämlich diejenige zur Verfassungswidrigkeit von §§ 59e Abs. 2 S. 1, 59f Abs. 1 BRAO<sup>5</sup> und diejenige zur Verfassungswidrigkeit der Beschränkung der sozietätsfähigen Berufe in § 59a BRAO,<sup>6</sup> erzwingen nunmehr ein Handeln des Gesetzgebers, der angesichts der vielen Baustellen unbedingt mit einer großen Lösung aufwarten muss.

## II. Reformbedarf im Recht der Personengesellschaft

### 1. Die Schwächen des geltenden Rechts

Der 71. Deutsche Juristentag hat sich 2016 in Essen in seiner wirtschaftsrechtlichen Abteilung mit der Neuordnung des Personengesellschaftsrechts befasst und Reformen angeordnet. Auch wenn die Ansichten über das Ausmaß des Reformbedarfs auseinander gingen, so ist den gefassten Beschlüssen doch im Ergebnis ein deutliches Votum für eine grundlegende Neuordnung zu entnehmen.<sup>7</sup> In der Tat ist das derzeitige System antiquiert, inkohärent und nicht praxisingerecht. Bei der BGB-Gesellschaft besteht eine eklatante Diskrepanz zwischen Gesetzestext und Rechtsprechung, die selbst dem juristischen Experten das Verständnis des geltenden Rechts aufgrund bloßer Gesetzeslektüre schlicht unmöglich macht. Die Vorschriften des BGB sind für unternehmenstragende Gesellschaften und damit für die gemeinschaftliche Berufsausübung aller Freien Berufe ungeeignet. Das gilt insbesondere für den Grundsatz „Auflösung vor Ausscheiden“. Das Recht der Personenhandelsgesellschaften OHG und KG knüpft am längst nicht mehr zeitgemäßen Begriff des Handelsgewerbes an und verwehrt damit den Freien Berufen diese Rechtsformen, wobei besonders inkonsequent ist, dass die GmbH & Co. KG systemwidrig für einen Teil

\* Bei dem Beitrag handelt es sich um die schriftliche und mit Fußnoten versehene Fassung des am 9. Dezember 2016 auf der Jahrestagung des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln zum Thema „Berufsrecht 2020“ gehaltenen Vortrags (siehe auch den Bericht in diesem Heft, AnwBl 2017, 424).

1 65 Prozent aller Berufsausübungsgesellschaften sind auch heute noch in der Rechtsform der GbR organisiert, vgl. *Kilian*, Management von Haftungsrisiken in Anwaltskanzleien, 2014, S. 46ff.

2 Etwas anderes gilt nur, wenn man mit BT-Drucks. 16/3655, S. 82f. unter Sozietät auch die Partnerschaftsgesellschaft versteht.

3 Vgl. NJW 1999, 2027 – Centros; NJW 2002, 3614 – Überseering; EuGH NJW 2003, 3331 – Inspire Art; BGH NJW 2003, 1461; NJW 2005, 1648; NJW 2009, 569 – Cartesio.

4 AGH Berlin, AnwBl 2007, 794 (Ls.) = BRAK-Mitt. 2007, 171.

5 BVerfGE 135, 90 = AnwBl 2014, 270 = NJW 2014, 613; dazu *Deckenbrock*, in: *Mittwoch/Klappstein/Botthoff* u.a., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2015, 2016, S. 119, 130ff.; *Henssler*, EWIR 2014, 203f.; *Glindemann* AnwBl 2014, 214ff.

6 BVerfG AnwBl 2016, 261 = NJW 2016, 700 auf Vorlage von BGH AnwBl 2013, 660 = NJW 2013, 2674; dazu *Henssler/Deckenbrock*, AnwBl 2016, 211ff.; *Kilian/Glindemann*, BRAK-Mitt. 2016, 102ff.; *Michel*, GuP 2016, 106ff.

7 Vgl. *Glindemann*, AnwBl 2016, 797, 798. In der Frage, ob die Trennung zwischen (handels-)gewerblichen und nichtgewerblichen Personengesellschaften aufgegeben werden sollte, konnte zwar keine Einigkeit erzielt werden; eine breite Mehrheit fand sich jedoch für die Öffnung von KG und GmbH & Co. KG für alle Freien Berufe.

der Freien Berufe doch geöffnet wird.<sup>8</sup> Als fragwürdige Kompensation wird den Freien Berufen die haftungsrechtlich privilegierte Partnerschaftsgesellschaft mit der Sonderform der PartmbB zur Verfügung gestellt. Sie bringt allerdings anders als die KG und ausländische Rechtsformen wie etwa die englische LLP keine Haftungsbegrenzung im außerberuflichen Bereich,<sup>9</sup> bleibt damit aus Sicht vieler Berufsträger auf halbem Wege stehen und ist zudem für kleinere Gesellschaften mit verhältnismäßig hohen Kosten verbunden.<sup>10</sup>

## 2. Eckpfeiler einer neuen Architektur des Personengesellschaftsrechts

Vor dem Hintergrund der Vielfalt der aufgezeigten Schwächen bietet allein die vollständige Neuordnung des Personengesellschaftsrechts einen überzeugenden Ausweg aus dem derzeitigen Dilemma.<sup>11</sup> Ausschlaggebend sollte eine empirische Analyse des Bedarfs der Praxis hinsichtlich der Regeldichte des dispositiven Rechts und der verschiedenen Formen der Haftungsbeschränkung sein. Ein denkbare Konzept für die hier allein interessierenden Außengesellschaften könnte vier bis fünf Rechtsformen umfassen:

- **Erstens:** Zunächst sollte eine Grundform für nicht beziehungsweise nur in geringem Umfang unternehmerisch tätige Außengesellschaften im Sinne der bisherigen GbR beibehalten werden. Sie wäre weiterhin nicht registerpflichtig und sollte auch im Übrigen eine geringe Regeldichte der ausschließlich dispositiven Vorschriften aufweisen. Sie könnte für kleinste beziehungsweise kleinere Anwaltsgesellschaften, deren Haftungsrisiken (jedenfalls weitgehend) durch die allgemeine Berufshaftpflichtversicherung abgedeckt sind, weiterhin eine mögliche Rechtsform bilden. Ihr Vorteil läge insbesondere in der nach wie vor nicht formalisierten und vollständig kostenfreien Gründung, die berufsrechtlich durch einen Verzicht auf einen Zulassungszwang bei kleinen Gesellschaften flankiert werden könnte.
- **Zweitens:** Als zweite Kategorie sollte eine geeignete Rechtsform für eine registerpflichtige unternehmenstragende Außengesellschaft mit unbeschränkter Gesellschafterhaftung zur Verfügung gestellt werden. Die Bindung an eine gewerbliche Tätigkeit sollte insoweit aufgegeben werden. Diese Rechtsform würde einerseits die Funktion der derzeitigen OHG übernehmen, zugleich aber für alle Angehörigen der Freien Berufe, die keinen Wert auf eine gesellschaftsrechtliche Haftungsbegrenzung legen, die sachgerechte Gesellschaftsform bilden. Die Regelung des Innenverhältnisses müsste, anders als dies bislang bei den § 705 ff. BGB der Fall ist, dem Charakter als Unternehmensträgerin Rechnung tragen.
- **Drittens:** Als dritte Rechtsform bedarf es einer für alle unternehmerischen (gewerblichen wie beruflichen) Tätigkeiten geöffneten KG. Die Öffnung würde zwangsläufig auch die Sonderform der GmbH & Co. KG umfassen, die damit allen Freien Berufen zur Verfügung stehen würde. Schon der Umstand, dass diese Rechtsform aufgrund verfassungsrechtlich bedenklicher Sondervorschriften bislang nur von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern gewählt werden kann, zeigt zum einen, dass tatsächlich ein praktisches Bedürfnis für sie auch bei den Freien Berufen besteht und dass zum zweiten der Charakter der Freiberuflichkeit mit ihr ohne weiteres vereinbar ist.
- **Viertens:** Da sowohl die einfache Partnerschaft mit ihrer Haftungskonzentration auf den handelnden Gesellschafter als auch die PartmbB mit ihrem vollständigen Haftungsaus-

schluss in der Praxis gut angenommen werden, gibt es gute Gründe, dieser Rechtsform in einem neu zu entwickelnden Gesamtkonzept bei gleichzeitiger Öffnung für alle unternehmerischen Tätigkeiten weiterhin Raum zu gewähren. Gerade für die Freien Berufe bilden sowohl die Haftungskonzentration mit der verbleibenden Haftung der handelnden Vertrauensperson als auch die Versicherungslösung Haftungsmodelle, die auf ihre Art der Berufstätigkeit und ihre Stellung als Vertrauensberuf zugeschnitten sind. Zugleich gibt es eine ganze Reihe gewerblicher Berufe, bei denen ein vergleichbares Haftungskonzept ebenfalls umsetzbar wäre. Die derzeitige Verknüpfung der Versicherungslösung allein mit der Freiberuflichkeit in § 8 Abs. 4 PartGG ist sachlich nicht gerechtfertigt. Es gibt zahlreiche reglementierte gewerbliche Berufe, bei denen ein Versicherungsmodell in vergleichbarer Weise praktikierbar wäre. Verwiesen sei etwa auf den Anlageberater, für den es in § 36 c WpHG sogar ein eigenständiges Register gibt und damit eine berufsrechtliche Kernregelung, an der man für eine Versicherungslösung anknüpfen könnte. Weitere Beispiele bieten die Versicherungsmakler und Versicherungsvermittler, für die sich berufsrechtliche Regelungen in den §§ 34d ff. GewO finden. Auch hier könnte man ohne weiteres Versicherungslösungen verankern, wie wir sie derzeit ja ohnehin nur bei einem Teil der Freien Berufe kennen. Die Öffnung der PartmbB für Gewerbetreibende müsste also nicht bedeuten, dass nun allen gewerblichen Unternehmen diese Form einer Haftungsbeschränkung offen stünde. Genauso wie bei den Freien Berufen könnte man im Einzelfall entscheiden, ob das Gläubigerschutzkonzept des § 8 Abs. 4 PartGG passt. Will man noch einen Schritt weitergehen, könnte man sogar an eine subsidiäre, im Gesellschaftsrecht verortete Auffangregelung für ein Versicherungskonzept denken, wie es derzeit für die Freien Berufe vermisst wird. Eine entsprechende subsidiäre Regelung könnte etwa vorsehen, dass sich die Gesellschaft gegen Haftungsrisiken aus bestimmten Kernbereichen ihrer Geschäftstätigkeit mit einer Mindestversicherungssumme von 2,5 Millionen Euro versichern muss, wenn die Rechtsform der PartmbB gewählt werden soll. Ein Systembruch wäre eine derartige Öffnung jedenfalls nicht, wohl aber müsste man überlegen, ob mit der Basisversicherung die Haftungsrisiken aus der Vielzahl aller gewerblichen Risiken auch wirklich sachgerecht abgebildet werden.

- **Fünftens:** Einer vertiefenden Analyse bedarf schließlich die Einführung einer vollständig haftungsbeschränkten Personengesellschaft. Sie wäre ebenso wie die englische LLP ein Hybrid, stünde quasi zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften. Diese Einteilung hat heute im Gesellschaftsrecht ohnehin ihre Bedeutung verloren und dient lediglich noch Systematisierungszwecken. Das entscheidende Argument für die Einführung einer solchen Rechtsform in das deutsche Recht ist, dass sie der Sache nach ohnehin schon existiert: Die sog. „Einheitsgesellschaft“ in der Form der „Einheits-GmbH & Co. KG“ oder der „Einheits-UG & Co. KG“, bei der die Komplementärin der KG gleichzeitig

8 So für Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften BGHZ 202, 92 Rn. 10 ff. = AnWB 2014, 960 = NJW 2015, 61; kritisch zur dogmatischen Begründung Henssler/Markworth, NZG 2015, 1, 5f.; Henssler, NZG 2011, 1121 mwN.

9 S. bereits Henssler, AnWB 2014, 96, 104. Zu den Vorteilen der LLP gegenüber der PartmbB Henssler, NJW 2014, 1761.

10 Dazu Kilian, Berufsrechtsbarometer 2015, 2015, S. 21 ff., 27f.

11 S. auch das Referat des Verfassers in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Bd. II/1, S. O 53 ff. (erscheint Mitte 2017).

ihre Tochtergesellschaft ist,<sup>12</sup> damit ihr „gehört“, ist genau dieses Hybrid. Nur ist sie in einer der deutschen Gesellschaftsrechtskultur unwürdigen Weise völlig gekünstelt und ohne klares dogmatisches Fundament ausgestaltet und nur über unbefriedigende Umwege wählbar. In der Praxis führt sie ein Schattendasein, weil die strukturell komplexe und in der Vertragsgestaltung sowie Anwendung fehleranfällige Willensbildung bei der Komplementärin als Risiko angesehen wird.<sup>13</sup> Auch diesem Missstand sollte im Rahmen der gebotenen Neuordnung des Personengesellschaftsrechts abgeholfen werden. Eingehender Diskussion bedürfen das Gläubigerschutzkonzept einer solchen Hybridgesellschaft und ihre Abgrenzung zur GmbH. Denkbar erscheint ein Schutz durch eine Kombination aus Rechnungslegungs- und Insolvenzantragspflichten (§ 19 InsO), ergänzt um eine Form der Existenzvernichtungshaftung, um die gezielte Entziehung von Gesellschaftsvermögen im Krisenfall zu sanktionieren.<sup>14</sup>

### III. Vorfrage: Allgemeine Reform des Rechts der Freiberuflergesellschaften?

Nicht nur die Anwaltschaft, auch viele andere Freie Berufe leiden unter den Schwächen des Personengesellschaftsrechts und ihrer jeweiligen Berufsrechte. Im Grunde kann kein einziger Freier Beruf ein Berufsrecht vorweisen, das als Muster beziehungsweise Vorbild für eine Regelung der Berufsausübungsgesellschaften gelten könnte. Außerdem weisen die Berufsrechte selbst vergleichbarer Berufe, wie etwa die Berufsgesetze der wirtschaftsnahen Beratungsberufe, erhebliche Unterschiede auf, die vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG problematisch sind. Wünschenswert wäre eine einheitliche Regelungsstruktur der Berufsgesetze der verschiedenen Freien Berufe mit Blick auf die gemeinschaftliche monoprofessionelle und interprofessionelle Berufsausübung. Die Ausgangsfrage, welche Rechtsformen den Berufsangehörigen zur Verfügung gestellt werden sollten, lässt sich im Sinne der Organisationsfreiheit für alle Freien Berufe recht einfach beantworten: Alle Rechtsformen, die als Rechtsträger für (gewerbliche) Unternehmen in Betracht kommen, sollten auch den Freien Berufen offenstehen. Die Eigenart der Freien Berufe rechtfertigt, wie die Anerkennung der Freiberufler-Kapitalgesellschaft zeigt, generell keine gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten. Dies entspräche auch den Forderungen der EU-Kommission im Rahmen ihrer Binnenmarktstrategie.<sup>15</sup>

Auf diesem breiten Fundament stellen sich bei den Berufsausübungsgesellschaften sämtlicher Freier Berufe folgende Kernfragen in grundsätzlich identischer Form:

- Soll die Berufsausübungsgesellschaft selbst Trägerin von Berufspflichten sein?
- Soll sie selbst Kammermitglied sein?
- Wie wird in ihr die Einhaltung der Berufspflichten und die berufliche Unabhängigkeit der Berufsträger sichergestellt?
- Welche Vorgaben gelten für die Haftpflichtversicherung?
- Welche Beschränkungen gelten für die interprofessionelle Zusammenarbeit?
- Gilt das Postulat der aktiven Mitarbeit aller Gesellschafter?

Diese Fragen geben für alle Berufsgesetze, und damit auch für die angestrebte Regelung in der BRAO, die Grundstruktur für das Recht der Berufsausübungsgesellschaften vor.

Die wünschenswerte einheitliche Regelungsstruktur der Berufsgesetze würde zugleich Divergenzen deutlich zu Tage treten lassen und auf den verfassungsrechtlich durch Art. 12, 3 GG vorgegebenen Rechtfertigungsbedarf hinweisen. Das BVerfG und der BGH bejahen etwa für die Berufe der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer eine grundsätzliche Pflicht zur Gleichbehandlung.<sup>16</sup> Jede Beschränkung der gemeinschaftlichen Berufsausübung ist ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie Berufsausübung, der zudem das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu achten hat. Auch praktische Gründe sprechen für eine möglichst weitgehende Harmonisierung der Berufsgesetze, da sich anderenfalls bei der wünschenswerten interprofessionellen Zusammenarbeit aufgrund des Prinzips der Geltung des strengsten Berufsrechts<sup>17</sup> (sog. Meistbelastungsprinzip, vgl. auch § 30 BORA) Schwierigkeiten ergeben. Derzeit sind verfassungsrechtlich nicht haltbare Unterschiede etwa bei den Inkompatibilitätsregeln und der Möglichkeit der Berufsausübung in der GmbH & Co. KG festzustellen. Die Unterschiede haben sich in jüngerer Zeit eher noch verschärft. Hintergrund ist die unzureichende Abstimmung der jüngsten Berufsrechtsreformen als Folge der Zuständigkeit unterschiedlicher Ministerien für die verschiedenen Freien Berufe.<sup>18</sup> Der Handlungsbedarf ist in jüngerer Zeit etwa durch die Entscheidung des BVerfG zum Verbot gewerblicher Tätigkeit von Geschäftsführern einer Steuerberatungsgesellschaft deutlich geworden.<sup>19</sup>

### IV. Reformbedarf im anwaltlichen Berufsrecht

#### 1. Überblick über die Schwächen des geltenden Rechts

Die aufgezeigten Schwächen im Recht der Personengesellschaft setzen sich im anwaltlichen Berufsrecht fort. Analysiert man die Regelungen der BRAO, so fällt auf, dass es ein berufsrechtliches Drei-Klassen-System der Rechtsformen gibt. Es ist gekennzeichnet durch:

- (1) eine Überregulierung der Anwalts-GmbH in §§ 59c ff. BRAO, deren Sonderbehandlung spätestens mit Einführung der PartmbB ihre Rechtfertigung verloren hat,
- (2) eine nur rudimentäre und antiquierte Regelung von Sozietät und PartG in § 59a BRAO und PartGG, wobei die partielle Auslagerung des Berufsrechts in das PartGG überholt ist, wie zum Beispiel die Regelungen des Firmenrechts und der Geschäftsführung in §§ 2, 6 PartGG zeigen, und
- (3) eine vollständige Untätigkeit des Gesetzgebers bei alternativen Rechtsformen, wie der Rechtsanwalts-AG/KGaA,

<sup>12</sup> Zur Zulässigkeit vgl. etwa BGH NZG 2007, 751; Gummert, in: Gummert/Weipert, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 2, 4. Aufl. 2014, § 51 Rn. 3.

<sup>13</sup> Holler, in: Born/Ghassemi-Tabar/Gehle, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 7, 5. Aufl. 2016, § 75 Rn. 17; Brosius/Frese, NZG 2016, 808.

<sup>14</sup> Zu denkbaren Gläubigerschutzkonzepten vgl. Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 500ff.; ders., NJW 2006, 2444ff.; Mülbart, EBOR 2006, 357, 379ff.

<sup>15</sup> Vgl. die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, den Binnenmarkt weiter ausbauen: mehr Chancen für die Menschen und die Unternehmen, COM (2015) 550 final, Ziff. 2.3., S. 10; dazu Michel, AnWB 2017, 128, 131f.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 80, 269, 280f. = NJW 1989, 2611, 2612; BVerfGE 98, 49, 63ff. = NJW 1998, 2269, 2271; s. auch Henssler, FS Kreuzt, 2010, S. 635ff.; ders., JZ 1998, 1065ff.; ders., ZIP 1998, 2121ff.; ders., NZG 2011, 1121ff.

<sup>17</sup> Dazu Henssler, WPK-Mitt 1999, 2, 4 sowie Hartung, in: Henssler/Prütting, BRAO, 4. Aufl. 2014, § 59a Rn. 137; Lenz, in: Meilicke/Graf v. Westphalen/Hoffmann/Lenz/Wolff, PartGG, 3. Aufl. 2015, § 1 Rn. 123.

<sup>18</sup> Dazu Deckenbrock, AnWB 2014, 118, 128; Henssler, AnWB 2014, 762, 769.

<sup>19</sup> BVerfG AnWB 2013, 825 = NJW 2013, 3357.

der Rechtsanwalts-SE und ausländischen Rechtsformen, wie der LLP.<sup>20</sup>

Der Umgang des Rechtsanwenders mit diesem inkohärenten Gesamtkonzept wird zusätzlich erschwert durch Begrifflichkeiten, deren Verwendung in BRAO und BORA nur als chaotisch bezeichnet werden kann.<sup>21</sup> So wird in §§ 59a, 59b Abs. 2 Nr. 8 BRAO; §§ 7 Abs. 3, 8, 10, 30, 32, 33 Abs. 2 BORA der Begriff der beruflichen Zusammenarbeit verwendet, während die §§ 45 Abs. 3, 59a, 59c Abs. 2 BRAO; §§ 7 Abs. 3, 8, 24 Abs. 1 Nr. 4, 27, 30, 32, 33 Abs. 1 BORA von gemeinschaftlicher Berufsausübung sprechen. Der Begriff der Sozietät findet sich in §§ 45 Abs. 3, 52 Abs. 2, 172a BRAO; §§ 8, 24 Abs. 1 Nr. 4, 30, 32 Abs. 1, 33 Abs. 1 BORA; dagegen greifen die §§ 49b Abs. 4, 52 Abs. 1 BRAO, § 3 Abs. 2 und 3 BORA auf die Berufsausübungsgemeinschaft und die Neuregelung in § 46 Abs. 1 BRAO auf die Berufsausübungsgesellschaft<sup>22</sup> als Oberbegriff zurück. Sachgerecht ist es, künftig rechtsformübergreifend den Begriff der Berufsausübungsgesellschaft für alle Formen der gemeinschaftlichen Berufsausübung zu verwenden und ihn von sonstigen Formen der Zusammenarbeit wie der Kooperation und der Bürogemeinschaft abzugrenzen, bei denen der Zusammenschluss nicht als Partner des Anwaltsvertrags mit dem Mandanten auftritt.

## 2. Die rechtstechnische Umsetzung des Reformbedarfs

Obwohl diese Schwächen seit langem bekannt sind und vielfach kritisiert werden, finden sich im Schrifttum bislang kaum Vorschläge, wie denn die überfällige Reform der BRAO umgesetzt werden könnte. Meines Erachtens sollte zum einen die bisherige Grundregelung des § 59a BRAO zu einem allgemeinen Teil des Berufsrechts von Anwaltsgesellschaften weiterentwickelt werden. Darauf aufbauend könnten sodann in einem besonderen Teil für einzelne Rechtsformen, beziehungsweise Gruppen von Rechtsformen, Sonderregeln aufgenommen werden, sofern aufgrund der Eigentümlichkeiten ein zusätzlicher Regelungsbedarf besteht.

## 3. Der allgemeine Teil des Rechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften

### a) Überblick über notwendige rechtsformübergreifende Regelungen

Die Aufteilung in einen (rechtsformübergreifenden) allgemeinen und einen (rechtsformbezogenen) besonderen Teil gehört, wie die Vorbilder des BGB und des HGB zeigen, zu den Errungenschaften deutscher Rechtskultur, die sich seit über 100 Jahren bewährt haben. Sie erlauben eine deutliche Entschlackung der rechtsformbezogenen Regelungen, wie sich insbesondere bei der Regelung der Rechtsanwalts-gesellschaft mbH zeigen wird. Zu den in einem allgemeinen Teil zu regelnden Themen zählen:

1. Vorschriften zur Zulassungspflicht und zu einem (vereinfachten) Zulassungsverfahren,
2. die Regelung der Kammermitgliedschaft der Berufsausübungsgesellschaft,
3. die berufsrechtliche Pflichtenstellung der Gesellschaft,
4. die Neugestaltung der unbefriedigenden Sozietätsklauseln für Interessenkonflikte und sonstige Tätigkeitsverbote in § 3 BORA, § 45 Abs. 3 BRAO,
5. Vorgaben zur Sicherung der Unabhängigkeit der anwaltlichen Gesellschafter,
6. eventuelle Vorgaben für die Benennung eines Compliance Officers, der über die Einhaltung des Berufsrechts in der Gesellschaft wacht,

7. die eigenständige Versicherungspflicht der Gesellschaft als Partnerin des Mandatsvertrags (Schließlich richten sich auch die Haftungsansprüche des Mandanten in erster Linie gegen die Berufsausübungsgesellschaft, selbst wenn es sodann je nach Rechtsform zu einer akzessorischen Mithaftung einzelner oder sämtlicher Gesellschafter kommt. In der Praxis wird schon derzeit verbreitet auf sog. Sozietätspolice zurückgegriffen.),
8. eine einheitliche Regelung zu einer erhöhten Berufshaftpflichtversicherung für all jene Rechtsformen, die im beruflichen Bereich eine gesellschaftsrechtliche Haftungsbeschränkung ermöglichen,
9. eine einheitliche Regelung der Postulationsfähigkeit aller Berufsausübungsgesellschaften unter Einbeziehung der hiervon bislang systemwidrig ausgeklammerten Sozietät; als Vorbilder können insoweit die bisherigen Regelungen in §§ 591 BRAO, 7 Abs. 4 PartGG dienen,
10. eine einheitliche und gegenüber § 59a BRAO liberalisierte Regelung der interprofessionellen Zusammenarbeit, sofern die nicht anwaltlichen Gesellschafter aktiv in der Gesellschaft mitarbeiten, und
11. eine sehr behutsame Zulassung des sog. „Fremdbesitzes“ im Sinne einer Beteiligung von Personen, die nicht aktiv in der Gesellschaft mitarbeiten.

Zu den Beschränkungen, die abweichend vom geltenden Recht gerade nicht mehr in eine gesetzliche Regelung aufgenommen werden sollten, zählen insbesondere anwaltliche Mehrheitserfordernisse für Gesellschafter, Gesellschaftsanteile, Organmitglieder und Prokuristen. Auf solche Beschränkungen, wie sie derzeit für die Rechtsanwalts-gesellschaft mbH (§§ 59e Abs. 2, 59f Abs. 1, Abs. 3 BRAO) angeordnet werden, sollte künftig vollständig verzichtet werden.<sup>23</sup>

### b) Berufspflichten der Gesellschaft

Sachgerecht erscheint es, künftig in einem allgemeinen Teil eigenständige Berufspflichten der Gesellschaft zu regeln.<sup>24</sup> Bislang kennt die BRAO in § 59m systemwidrig solche Pflichten nur für die Rechtsanwalts-GmbH. Offensichtlich ist ein Bedarf nach gesellschaftsbezogenen Regeln insbesondere bei den Berufspflichten, die an die zivilrechtliche Stellung als Vertragspartner des Mandanten anknüpfen, wie etwa der Pflicht zur unverzüglichen Mitteilung bei Mandatsablehnung (§ 44 BRAO) oder den Vorgaben zu Vergütungsvereinbarungen (§ 49b BRAO) und vertraglichen Haftungsbeschränkungen (§ 52 BRAO). Gleiches gilt für die in § 43b BRAO normierte Werbung, die in der Regel die Gesellschaft und nicht einzelne Berufsträger hervorhebt. Belässt man es hier bei einer auf den einzelnen Berufsträger bezogenen Pflicht, so würde diese bei einer gemeinsamen Berufsausübung häufig weitgehend leerlaufen. Anhaltspunkte für Berufspflichten, die auf die Gesellschaft erstreckt werden sollten, liefert der Katalog des § 59m Abs. 2 BRAO. Er müsste allerdings im Detail kritisch hinterfragt werden.

Ein bislang vernachlässigter Aspekt betrifft die Einhaltung der Berufspflichten der Rechtsanwalts-gesellschaften. Begeht die Gesellschaft eine Pflichtverletzung, so sollten Verstöße nach §§ 113ff. BRAO gegenüber der Gesellschaft gehandelt werden können. Bei Geldbußen käme eine Verbands-

<sup>20</sup> Dazu *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 17), Vor § 59c Rn. 16ff., Anh. §§ 59c ff. Rn. 13ff.

<sup>21</sup> Siehe bereits BGH AnwBl 2012, 840 Rn. 33 = NJW 2012, 3102; *Deckenbrock*, in: *Henssler/Streck*, Handbuch Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2011, M Rn. 5; *ders.*, AnwBl 2014, 118, 123.

<sup>22</sup> Kritisch zu diesem erstmals im Rahmen des Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte neu eingeführten Begriff *Deckenbrock*, AnwBl 2015, 469, 470.

<sup>23</sup> Vgl. auch *Henssler/Deckenbrock*, AnwBl 2016, 211, 215; *Michel*, AnwBl 2017, 128, 132.

<sup>24</sup> Zu diesem Vorschlag bereits *Henssler*, AnwBl 2014, 762, 765 mwN. Zum geltenden Recht vgl. *Henssler* in: *Henssler/Prütting* (Fn. 17), § 33 BORA Rn. 14.

geldbuße nach dem Muster des § 30 OWiG in Betracht.<sup>25</sup> Voraussetzung für ein Einschreiten der Rechtsanwaltskammer wäre, dass die Gesellschaft auch selbst Kammermitglied ist, wie das bislang aber nur bei der Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH der Fall ist. Sie sollte m.E. generell angestrebt werden. Die individuelle Verantwortlichkeit des einzelnen Gesellschafters für eigene Verstöße bliebe von der Sanktionierung der Gesellschaft selbstverständlich unberührt.

Um Schutzlücken zu Lasten der Mandanten zu vermeiden, sollten alle anwaltlichen Gesellschafter verpflichtet sein, für die Einhaltung der Berufspflichten in ihrer Gesellschaft zu sorgen. Bislang gibt es eine solche Verpflichtung lediglich für die Regeln der Berufsordnung (§ 33 Abs. 2 BORA),<sup>26</sup> mit dem völlig unbefriedigenden Ergebnis, dass bei einer Verletzung von nur in der BRAO geregelten Pflichten von einem Gesellschafter ausschließlich das Unterlassen der Berufsausübung in der sich berufsrechtswidrig verhaltenden Gesellschaft verlangt werden kann.<sup>27</sup> Ergänzend sollte darüber nachgedacht werden, nach englischem Vorbild einen berufsrechtlich primär verantwortlichen „Compliance Officer“ einzuführen, der auf die Einhaltung des Berufsrechts zu achten hat.<sup>28</sup> Ein solches Modell könnte den Stellenwert der anwaltlichen Berufspflichten und der Berufsethik in größeren anwaltlichen Zusammenschlüssen verbessern. Insbesondere bei einer Erweiterung des Kreises der sozietätsfähigen Personen erscheint die namentliche Benennung einer verantwortlichen Person unabdingbar.

#### c) Reform der Haftpflichtversicherung: Keine Privilegierung von Großkanzleien

Das geltende Recht begrenzt die Haftungsvorteile von PartmbB und Rechtsanwaltskapitalgesellschaft faktisch auf große (international operierende) Anwalts-Gesellschaften. Der Grund liegt in den hohen Anforderungen an den Versicherungsschutz. All jene Kanzleien, die allgemeine Mandatsbedingungen verwenden möchten, müssen damit nach § 52 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BRAO ihren Deckungsschutz auf 10 Mio. Euro erweitern, der aber bei kleineren Kanzleien das Haftungsrisiko deutlich überschreitet. Für sie lohnen sich damit die hohen Versicherungsprämien nicht, da ihnen keine adäquaten Vorteile gegenüberstehen.<sup>29</sup> Die Praxis zeigt, dass zwar der Vermögensverfall ein praktisch bedeutsamer Anlass für den Widerruf der Zulassung ist,<sup>30</sup> dass aber Haftungsfälle eher selten der Anlass für einen derartigen Vermögensverfall sind. Eine Lösung könnte sein, bei Jahresumsätzen von weniger als 5 Mio. Euro den notwendigen Versicherungsschutz auf 1 Mio. Euro zu beschränken. Abzustellen wäre insoweit auf den Umsatz des Vorjahres oder den durchschnittlichen Jahresumsatz der vorangegangenen drei Jahre, so dass jeweils nachträglich erst eine Anpassung erforderlich wäre, die sodann erst für die Zukunft eine erhöhte Versicherungspflicht nach sich ziehen würde.

#### d) Neuregelung der interprofessionellen Zusammenarbeit

Die überzeugende Vorgabe für die Neuregelung der interprofessionellen Zusammenarbeit bietet der Reformvorschlag in § 59a Abs. 4 BRAO-E, der bereits anlässlich der Einführung des RDG erarbeitet und als Regierungsentwurf in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht wurde,<sup>31</sup> schließlich aber im Rechtsausschuss des Bundestages scheiterte.<sup>32</sup> Inzwischen haben sich die Rahmenbedingungen geändert, der Ruf nach besserer Zusammenarbeit von Experten ist noch lauter geworden und die Gefahren für die Verschwiegenheitspflicht

sind künftig besser kontrollierbar. Es empfiehlt sich daher eine Öffnung für die Angehörigen sämtlicher „vereinbarere“ Berufe, die ein Rechtsanwalt auch als Zweitberuf (§ 7 Nr. 8 BRAO) ausüben dürfte.<sup>33</sup>

Die Rahmenbedingungen für eine entsprechende Erweiterung werden derzeit mit dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen<sup>34</sup> quasi schon vorbereitet. Berufsgeheimnisträger sind bei ihrer beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit auf die Hilfeleistung anderer Personen angewiesen. In vielen Fällen ist es für sie wirtschaftlich sinnvoll, diese Tätigkeiten nicht durch eigene Angestellte ausführen zu lassen, sondern auf darauf spezialisierte Unternehmen oder selbständig tätige Personen zurückzugreifen. Bislang ist ungeklärt, inwieweit einer solchen Heranziehung dritter Personen die straf- und berufsrechtlich sanktionierte Schweigepflicht des Berufsgeheimnisträgers entgegensteht. Für Anwälte gibt es derzeit lediglich auf der Ebene des Satzungsrechts eine nicht in jeder Hinsicht überzeugende Regelung (§ 2 BORA).

Nach dem Entwurf soll nun durch eine ausdrückliche Regelung in § 203 StGB sichergestellt werden, dass das Offenbaren von geschützten Geheimnissen gegenüber Personen, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers mitwirken, nicht als strafbares Handeln zu qualifizieren ist, soweit dies für die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeit der mitwirkenden Personen erforderlich ist. Die damit verbundene Verringerung des Geheimnisschutzes wird dadurch kompensiert, dass mitwirkende Personen, die bei der ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Tätigkeit die Möglichkeit erhalten, von geschützten Geheimnissen Kenntnis zu erlangen, in die Strafbarkeit nach § 203 StGB einbezogen werden. Damit ist zugleich klargestellt, dass erst recht auch alle nicht anwaltlichen Mitgesellschafter der strafrechtlich sanktionierten Verschwiegenheitspflicht unterliegen.

Die weitgehende Zulassung der interprofessionellen Zusammenarbeit würde auch die Gelegenheit bieten, den Grundsatz der Geltung des jeweils strengsten Berufsrechts für alle Gesellschafter (sog. Meistbelastungsprinzip)<sup>35</sup> zu kodifizieren. Das Gleiche gilt für eine ausdrückliche Verankerung des Berufsträgervorbehalts bei Vorbehaltsaufgaben, mit dem klargestellt wird, dass Rechtsdienstleistungen ausschließlich durch zugelassene Rechtsanwälte erbracht werden dürfen. Im Übrigen gelten die in jeder Berufsausübungsgesellschaft zu beachtenden Vorgaben zur Sicherung der anwaltlichen Unabhängigkeit, mit der Folge, dass der Berufsträger im Bereich seiner Berufsausübung keinen Weisungen unterworfen sein darf.

25 S. dazu bereits *Deckenbrock*, in: *Mittwoch/Klappstein/Botthoff* u.a. (Fn. 5), S. 119, 136ff.; *ders.*, *AnwBl* 2014, 118, 121f.

26 Zu den Schwächen dieses Ansatzes und den daraus folgenden Problemen *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 17), § 33 BORA Rn. 9ff.

27 *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 17), § 33 BORA Rn. 12.

28 *Deckenbrock*, in: *Mittwoch/Klappstein/Botthoff* u.a. (Fn. 5), S. 119, 140; *Henssler*, *AnwBl* 2014, 762, 765.

29 Vgl. dazu auch die empirischen Erkenntnisse bei *Kilian*, (Fn. 10), S. 27. Danach halten 36 % der Befragten die zusätzlichen Kosten für zu hoch.

30 *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (Fn. 17), § 14 Rn. 27.

31 Vgl. BT-Drucks. 16/3655, S. 15, 83f.

32 BT-Drucks. 16/6634, S. 50; dazu *Henssler*, *AnwBl* 2007, 553, 558f.

33 Dazu *Henssler*, in: *Deckenbrock/Henssler*, RDG, 4. Aufl. 2015, Einl. Rn. 91ff.; *Henssler/Deckenbrock*, *AnwBl* 2016, 211, 214f.; *Kilian/Glindemann*, *BRK-Mitt.* 2016, 102, 104f.

34 BR-Drucks. 163/17.

35 Dazu oben unter III.

e) Die Beteiligung nicht aktiv mitarbeitender Gesellschafter – der sog. „Fremdbesitz“

Im Gegensatz zu den Beschränkungen der interprofessionellen Zusammenarbeit hat das Gebot der aktiven Mitarbeit der Gesellschafter mit seiner Kehrseite des Verbotes „reiner Kapitalbeteiligungen“ für anwaltliche Berufsausübungsgesellschaften seine Berechtigung behalten.<sup>36</sup> Gesellschafterstrukturen, die eine Gewinnabschöpfung durch außenstehende Personen ermöglichen, sind geeignet, die Unabhängigkeit der Berufsträger zu gefährden. Auch wäre etablierten Berufsträgern die rechtspolitisch bedenkliche Möglichkeit eröffnet, über von ihnen beherrschte Gesellschaften jüngere Kollegen über längere Zeit in Abhängigkeit zu halten. Solche Kapitalgeber würden im Bereich originärer freiberuflicher Tätigkeit gewerblich agieren, was zugleich die idealtypische Idee der Freiberuflichkeit in Frage stellen würde.<sup>37</sup>

Erleichterungen sind allerdings für Sonderfälle denkbar. So erscheint es berufspolitisch unbedenklich, wenn ehemals aktive Berufsträger nach Eintritt in den Ruhestand noch eine gewisse Zeit den Status als Gesellschafter behalten dürfen. Ebenfalls gut vertretbar ist eine zeitlich begrenzte (max. 5 Jahre) Beteiligung von Erben ohne Stimmrecht.<sup>38</sup>

#### 4. Das Berufsrecht der Sozietät

##### a) Geltendes Recht

Das anwaltliche Berufsrecht geht noch von einer Sozietät (GbR) aus, die über keine eigene Rechtsfähigkeit verfügt, und erweist sich schon aus diesem Grunde als nicht zeitgemäß. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH ist die Sozietät selbst Partnerin des Mandatsvertrags und damit zugleich selbst Anspruchsgegnerin von Schadensersatzforderungen bei Pflichtverletzungen der Gesellschafter oder von Mitarbeitern der Gesellschaft.<sup>39</sup> Dieser Umstand wird vom geltenden Recht ignoriert. So knüpfen berufsrechtliche Vorschriften wie § 113 Abs. 1 BRAO allein an den Einzelanwalt an. Die GbR verfügt anders als die PartG über keine eigene Postulationsfähigkeit.<sup>40</sup> Offene Fragen stellen sich auch bei der Bevollmächtigung der Sozietät.<sup>41</sup> Die Pflicht zur Beiordnung nach § 48 BRAO erfasst nur den Anwalt, obwohl inzwischen auch die Beiordnung der Sozietät anerkannt ist.<sup>42</sup>

Zu den zentralen Schwächen der derzeitigen berufsrechtlichen Erfassung der Sozietät zählt ferner, dass es kein Register gibt, aus dem der Rechtsverkehr Einblicke in die Verfassung der Gesellschaft, den Gesellschafterkreis und die Vertretungsregeln gewinnen kann. Das ist bei der Sozietät anders als bei PartG und Rechtsanwaltsgesellschaft mbH besonders unbefriedigend, weil es hier auch keine sonstige Form einer Registerpublizität gibt. In das Rechtsanwaltsregister werden derzeit keine Sozietäten eingetragen, sondern nur die die Sozietät bildenden Anwälte. Selbst die Rechtsanwaltsgesellschaften, die über eine eigene Zulassung verfügen, sind aus dem Rechtsanwaltsregister nicht ersichtlich.<sup>43</sup> Die unter Publizitätsgesichtspunkten unzureichende Vorschrift des § 24 Abs. 1 Nr. 4 BORA verpflichtet den Rechtsanwalt lediglich, dem Vorstand der Rechtsanwaltskammer unaufgefordert und unverzüglich die Eingehung oder Auflösung einer Sozietät, Partnerschaftsgesellschaft oder sonstigen Verbindung zur gemeinschaftlichen Berufsausübung anzuzeigen. In der Praxis wird diese Berufspflicht allerdings kaum ernst genommen.<sup>44</sup> Mangels einer Möglichkeit der Einsichtnahme hilft die Regelung Rechtsuchenden zudem nicht weiter.

##### b) Reformbedarf

Solange es keine Novellierung des Personengesellschaftsrechts unter Einführung einer registerpflichtigen Personengesellschaft gibt, muss insbesondere bei der Sozietät die fehlende Registerpublizität durch ein Kanzleiregister aufgefangen werden.<sup>45</sup> Bloße Informationen auf dem Briefbogen und den Kanzleischildern bieten keine geeignete Alternative. Bei ihnen stellt sich das Aktualitätsproblem, auch führt die Aufnahme aller relevanten Informationen bei größeren Zusammenschlüssen zu einer Überfrachtung der Briefbögen. Das für nicht anwaltliche Rechtsdienstleister eingeführte Rechtsdienstleistungsregister (§§ 16 f. RDG) hat sich bewährt und kann damit als zeitgemäßes Vorbild und Maßstab zugleich dienen. Dem von den Kammern befürchteten Mehraufwand stehen erhebliche Vorteile gegenüber.

Im Übrigen empfiehlt sich eine sehr schlanke Regelung der Sozietät, da die wichtigsten Fragen bereits im allgemeinen Teil erfasst sind. Bei der Sozietät ist angesichts der Zielgruppe, für die sie geeignet ist, eine einfache unbürokratische Gründung sicherzustellen. Das legt nahe, für sie kein generelles Zulassungsverfahren vorzuschreiben. Für kleinere Gesellschaften mit maximal fünf Gesellschaftern, die zudem nur an einem Standort tätig sind, dürfte eine bloße Anzeigepflicht bei der zuständigen Rechtsanwaltskammer ausreichen. Unverzichtbar ist dagegen eine Anerkennung der Postulationsfähigkeit, sofern sich diese nicht bereits aus dem Allgemeinen Teil ergibt.

Angesichts der vielfältigen Fragen, die sich in diesem Kontext stellen, bietet sich darüber hinaus eine Regelung des Außensoziums und der sog. Außensozietät an. Nachdem die Rechtsprechung diese Rechtsform gebilligt hat und das entsprechende Auftreten nicht mehr als wettbewerbswidrig einstuft,<sup>46</sup> sollten die berufsrechtliche Zulässigkeit und die haftungsrechtlichen Folgen einer eindeutigen Regelung zugeführt werden.<sup>47</sup> Dabei bietet es sich an, die verfehlte BGH-Rechtsprechung, die sich von den allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen entfernt und den Scheingesellschafter auch ohne Nachweis, dass der gesetzte Rechtsschein aufseiten des Dritten eine Disposition ausgelöst hat, wie einen Gesellschafter haften lässt,<sup>48</sup> zu korrigieren. Auch die Rechtsscheinvollmacht aller auf dem Briefbogen benannten Mitarbeiter bedarf einer klarstellenden Regelung.

36 Eingehend dazu *Henssler*, BRAK-Mitt. 2007, 186 ff., 238 ff.

37 Zwar würde sich berufsrechtlich nichts an der Freiberuflichkeit des Kapitalgebers ändern, wohl aber die steuerrechtliche Betrachtung.

38 Vgl. zur vergleichbaren Regelung in Österreich *Henssler/Wambach*, Die Lage der freien Berufe in ihrer Funktion und Bedeutung für die europäische Zivilgesellschaft, Zusammenfassung, 2014, S. 80; *Reiner*, Die Rechtsanwaltsgesellschaft, Wien 2016, S. 227; *Kilian*, AnwBl 2016, 217, 218 f.

39 Allgemein zur GbR BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 (ARGE Weißes Ross); BGHZ 188, 233 Rn. 23 = NJW 2011, 2040; speziell zur Sozietät BGHZ 193, 193 Rn. 15 ff. = AnwBl 2012, 773 = NJW 2012, 2435; s. dazu *Deckenbrock*, AnwBl 2012, 723 ff.

40 Dazu *Deckenbrock*, in: *Mittwoch/Klappstein/Bothoff* u.a. (Fn. 5), S. 119, 142 ff.; *ders.*, AnwBl 2014, 118, 123.

41 Dazu *Henssler/Michel*, NJW 2015, 11 ff.

42 BGH NJW 2009, 440; dazu *Deckenbrock*, AnwBl 2014, 118, 122 f.

43 S. bereits die Kritik bei *Deckenbrock*, in: *Mittwoch/Klappstein/Bothoff* u.a. (Fn. 5), S. 119, 144; *ders.*, AnwBl 2014, 118, 119 f.

44 *Offermann-Burckart*, AnwBl 2010, 743, 744; *Deckenbrock*, AnwBl 2014, 118, 119.

45 *Deckenbrock*, in: *Mittwoch/Klappstein/Bothoff* u.a. (Fn. 5), S. 119, 144 ff.; *ders.*, AnwBl 2014, 118, 119 ff.; *Henssler*, AnwBl 2014, 762, 766.

46 BGHZ 194, 79 = AnwBl 2012, 840 = NJW 2012, 3102.

47 Das gilt auch für die PartG, bei der sich trotz der Registerpublizität ähnliche Probleme ergeben.

48 Vgl. BGHZ 194, 79 Rn. 36 = AnwBl 2012, 840 = NJW 2012, 3102; kritisch dazu *Markworth*, Scheinsozium und Scheinsozietät, 2016, S. 155 ff., 369 ff.; *ders.*, AnwBl 2014, 797, 800 f.; *Deckenbrock/Meyer*, ZIP 2014, 701, 704 ff.

## 5. Die berufsrechtliche Regelung der Partnerschaftsgesellschaft und PartmbB

Ausgangspunkt muss für die berufsrechtliche Erfassung der anwaltlichen PartG beziehungsweise PartmbB zunächst die überfällige Deregulierung des PartGG sein. Das in § 2 Abs. 1 PartGG verankerte Erfordernis der „Personenfirma“ ist ebenso wie die in § 6 Abs. 2 PartGG zwingend angeordnete Geschäftsführungsbefugnis in beruflichen Angelegenheiten ersatzlos zu streichen. Bei beiden Vorschriften handelt es sich um berufsrechtliche Besonderheiten, die im Gesellschaftsrecht ein Fremdkörper sind. Sie sind außerdem überholt, beziehungsweise beruhen auf Missverständnissen. So entspricht das in § 2 PartGG verankerte Erfordernis einer „Personenfirma“ einem heute bei den meisten Freien Berufen nicht mehr zeitgemäßen Verständnis der Außendarstellung. Das gilt insbesondere für das anwaltliche Berufsrecht, in dem für die Sozietät schon 2004 das zuvor in § 9 BORA a.F. verankerte Verbot der Führung von Sach- oder Fantasiefirmen durch die Satzungsversammlung zum 1.11.2004 aufgehoben wurde.<sup>49</sup> Etwas länger hat sich der Gesetzgeber bei der Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Zeit gelassen, bis er mit dem Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht<sup>50</sup> zum 1.9.2009 die Beschränkung auf die Personenfirma in § 59k BRAO aufgehoben hat. Die Regelung des § 2 PartGG ist damit überholt.<sup>51</sup> Die Untätigkeit des Gesetzgebers lässt sich nur mit fehlendem Problembewusstsein erklären.

Die in § 6 Abs. 2 PartGG verankerte Pflicht zur Beteiligung der freiberuflichen Partner an der Geschäftsführung im beruflichen Bereich beruht auf einem Missverständnis. Aufgrund des Unabhängigkeitspostulats muss – auch bei anwaltlichen Partnern – lediglich sichergestellt sein, dass der Berufsträger im Bereich seiner Berufsausübung keinen Weisungen unterworfen ist. Einer Beteiligung an der Geschäftsführung bedarf es hierfür nicht. Sie wäre auch kein hinreichender Schutz, da im Kreis der Geschäftsführer Beschlüsse nach dem Mehrheitsprinzip gefasst werden können, sofern dies vertraglich vereinbart wird. Berücksichtigt man, dass entsprechende Vorgaben auch für die Berufsausübung in der GbR nicht bestehen, entbehrt eine eigenständige gesellschaftsrechtliche Vorgabe für die Partnerschaft jeder Logik. Es ist die Aufgabe des Berufsrechts, die Reichweite der beruflichen Unabhängigkeit jeweils berufsspezifisch vorzugeben, und zwar für alle Berufsausübungsgesellschaften.

Im Übrigen drängt sich keine eigenständige Regelung der PartG im besonderen Teil des Rechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften auf. Das gilt insbesondere dann, wenn mit dem hier präsentierten Vorschlag bereits in den allgemeinen Teil des Rechts der Anwaltsgesellschaften rechtsformübergreifende Vorschriften für den Versicherungsschutz in all jenen Gesellschaften aufgenommen werden, die eine Haftungsbeschränkung im beruflichen Bereich erlauben.

## 6. Die Regelung der Rechtsanwaltskapitalgesellschaften (Deregulierung der §§ 59c ff. BRAO)

Die Neuregelung des Rechts der anwaltlichen Kapitalgesellschaften muss zwei zentrale Schwächen des geltenden Rechts ausgleichen. Zum einen muss sie sämtliche Kapitalgesellschaften in die Regelung einbeziehen und zum zweiten die Überregulierung in den §§ 59c ff. BRAO zurückfahren.<sup>52</sup> Ersatzlos zu streichen wären die Beschränkung der Betei-

ligungsmöglichkeiten von Kapitalgesellschaften in § 59a Abs. 2 BRAO, die von § 59e Abs. 2 BRAO aufgestellten Mehrheitserfordernisse hinsichtlich Anteile und Stimmrechte sowie die ebenfalls verfehlten Mehrheitserfordernisse für Geschäftsführer, Prokuristen und Generalbevollmächtigte in § 59f Abs. 1, Abs. 3 BRAO. Andere Vorschriften sollten in den allgemeinen Teil des Berufsrechts der Anwaltsgesellschaften verschoben werden. Dazu zählen die Regelung des zugleich zu vereinfachenden Zulassungsverfahrens in § 59d BRAO, die in § 59i BRAO verordnete Kanzleipflicht, die bislang in § 59l BRAO geregelte Postulationsfähigkeit und die in § 59m BRAO normierten Berufspflichten. Empfehlenswert erscheint es, für Kapitalgesellschaften<sup>53</sup> (anders als bei der Sozietät) ein Zulassungsverfahren weiterhin unabhängig von der Größe der Gesellschaft zwingend vorzuschreiben, um angesichts der Haftungsbeschränkung eine stärkere Kontrolle zu ermöglichen.

Auch nach dieser Entschlackung verbleiben zahlreiche regelungsbedürftige Punkte, weitere müssten neu aufgenommen werden. Das Verhältnis zwischen Zulassung und Eintragung ins Handelsregister sollte ausdrücklich geklärt werden. Es sollte nicht nur ein Anspruch auf eine Unbedenklichkeitsklärung eingeführt werden, mit der sodann die Eintragung der noch nicht zugelassenen Gesellschaft im Handelsregister erreicht werden kann. Darüber hinaus sollte auch die Möglichkeit eröffnet werden, aufgrund eines Satzungsentwurfs vorab die Zulassungsfähigkeit der Gesellschaft zu klären und Bedenken der Rechtsanwaltskammer vorab überprüfen zu lassen. Es ist den Gesellschaften nicht zumutbar, zunächst das gesamte Gründungsverfahren voranzutreiben, um dann letztlich doch im Zulassungsverfahren zu scheitern. Das gilt insbesondere für bereits bestehende Gesellschaften, die zusätzlich die Zulassung als Rechtsanwaltsgesellschaft erreichen wollen. Derzeit weigern sich einzelne Rechtsanwaltskammern, solche Vorabprüfungen vorzunehmen.

Denkbar, wenn auch nicht zwingend erforderlich wäre die Regelung der (Fremd-)Geschäftsführung.<sup>54</sup> Insoweit sollte es grundsätzlich ausreichen, dass der Geschäftsführer einen sozietätsfähigen Beruf ausübt; seine aktive Mitarbeit in der Gesellschaft ist ohnehin selbstverständlich. Rechtspolitisch erwägenswert erscheint es aber auch, zu verlangen, dass in einer Rechtsanwaltsgesellschaft mindestens ein anwaltlicher Geschäftsführer/Vorstand bestellt werden muss. Im Übrigen gilt auch für die Kapitalgesellschaft, dass die Unabhängigkeit der anwaltlichen Gesellschafter nicht notwendig über eine Beteiligung an der Geschäftsführung sichergestellt werden muss. Den Geschäftsführern sollte zudem aus Gründen des Mandantenschutzes im beruflichen Bereich jeweils Einzelvertretungsmacht zugestimmt werden.

49 BRAK-Mitt. 2004, 177.

50 Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften v. 30.7.2009, BGBl. I S. 2449.

51 Die Schwächen zeigen sich deutlich in der aktuellen Entscheidungspraxis der Gerichte vgl. nur OLG Hamm NZG 2016, 1351; OLG Hamm, Beschl. v. 3.11.2016 – 27 W 130/16, BeckRS 2016, 115025.

52 Deckenbrock, in: Mittwoch/Klappstein/Botthoff u.a. (Fn. 5), S. 119, 147f.; ders., AnwBl 2014, 118, 129; Henssler, AnwBl 2014, 762, 763.

53 Das Gleiche gilt u.U. auch für die PartmbB.

54 Sie könnte ggfs. auch rechtsformneutral eingeführt werden. Eine entsprechende Regelung könnte etwa dahin gehen, dass nur Personen, die einem sozietätsfähigen Beruf angehören, Vertretungsmacht erteilt werden darf. Hält man das für zu restriktiv, könnte das Verbot auf eine Vertretungsmacht in Berufsangelegenheiten oder ab einem gewissen Umfang begrenzt werden.

Überlegenswert<sup>55</sup> erscheint es, künftig den bereits etablierten Firmenzusatz „Rechtsanwaltsgesellschaft“ weiterhin ausschließlich zugelassenen Kapitalgesellschaften vorzubehalten, so wie dies derzeit in § 59k BRAO für die GmbH angeordnet ist. Sofern keine einheitliche Regelung für Gesellschaften, die eine Haftungsbeschränkung im beruflichen Bereich ermöglichen, im allgemeinen Teil des Berufsrechts verankert wird, muss die erhöhte Versicherungspflicht des § 59j BRAO grundsätzlich beibehalten und auf alle Kapitalgesellschaften erstreckt werden. Zugleich sollte aber generell der Versicherungsschutz für kleinere und mittlere Gesellschaften überarbeitet werden.

Neu aufzunehmen wären für die mitbestimmte GmbH, die AG, KGaA und die SE gesetzliche Vorgaben für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats.<sup>56</sup> Hier empfehlen sich vor dem Hintergrund der Kontrollfunktion dieses Gremiums abgeschwächte Anforderungen. Keine Voraussetzung sollte es sein, dass die Aufsichtsratsmitglieder aktiv in derselben Gesellschaft ihren Beruf ausüben müssen. Auch ehemalige Berufsträger, die bereits im Ruhestand sind, kommen völlig unproblematisch als Aufsichtsratsmitglieder in Betracht. Der Personenkreis richtet sich im Übrigen nach dem liberalisierten Recht der interprofessionellen Zusammenarbeit.

## V. Reformbedarf im Recht der Auslands-gesellschaften

Im Zuge der anstehenden Neuordnung des Berufsrechts der Anwaltsgesellschaften sollte auch die derzeit nur sehr rudimentäre berufsrechtliche Erfassung von Auslandsgesellschaften ausgebaut werden.<sup>57</sup> Selbst bei der hier präferierten Einführung eines allgemeinen Teils bedarf es jedenfalls der Klärstellung, ab wann die deutschen Vorgaben greifen: schon bei bloßen Dienstleistungen oder erst bei Niederlassung der Gesellschaft in Deutschland? Das geltende Recht lässt in § 8 EuRAG viele praktisch bedeutsame Fragen ungeklärt, etwa die Frage des Versicherungsschutzes bei einer Gesellschaft mit ausländischer Rechtsform und deutschem Verwaltungssitz. Sind in der Gesellschaft nur deutsche Anwälte tätig, so greift § 8 Abs. 2 EuRAG nicht, da diese keine europäischen Rechtsanwälte im Sinne der Legaldefinition des § 1 EuRAG sind. Es empfiehlt sich, von ausländischen Gesellschaften, die in Deutschland tätig sind, generell einen Versicherungsschutz von mindestens 2,5 Mio. Euro zu verlangen, wenn die Gesellschaft eine rechtsformbedingte Haftungsbegrenzung aufweist. Klärungsbedürftig ist außerdem, ob für ausländische Gesellschaften ebenfalls eine Zulassungspflicht und eine Pflicht zur Eintragung in das neu zu schaffende elektronische Kanzleiregister gelten soll, wenn sie eine Zweigniederlassung in Deutschland unterhalten. Vorgaben zu den Mehrheitserfordernissen im Kreise der Gesellschafter und Ge-

schäftsführer erübrigen sich dagegen, wenn entsprechende Erfordernisse auch für nationale Rechtsformen aufgegeben werden.

Bei einer Liberalisierung der interprofessionellen Zusammenarbeit von Rechtsanwälten wäre gleichwohl noch zu klären, wie ausländische Gesellschaften zu behandeln sind, deren Gesellschafter reine Kapitalanleger beziehungsweise jedenfalls nicht aktiv mitarbeitende Personen sind. Betroffen sind u.a. englische Anwaltsgesellschaften, die von der Möglichkeit sog. „*alternative business structures*“<sup>58</sup> Gebrauch machen. Auch insoweit besteht dringend Klärungsbedarf.

## VI. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sowohl im Gesellschaftsrecht als auch im Berufsrecht ein dringender Handlungsbedarf besteht. Allerdings wird die notwendige Reform des Personengesellschaftsrechts mit Sicherheit noch einige Jahre auf sich warten lassen, selbst wenn sich der Gesetzgeber in der nächsten Legislaturperiode diesem Großprojekt widmen sollte. Die noch dringendere Reform des Berufsrechts kann diese Entwicklung nicht abwarten. Vielmehr sollte noch in dieser Legislaturperiode mit den notwendigen Vorarbeiten begonnen werden. Die Rechtsanwälte sollten insoweit als Pilotberuf fungieren und die Systematik für die ebenfalls anstehenden Reformen des Berufsrechts der anderen Freien Berufe erarbeiten. Anzustreben ist eine große rechtsformübergreifende Lösung, die auf einer sorgfältigen Analyse der Schwächen des geltenden Rechts aufbaut. Generalziel muss es sein, zum einen die internationale Wettbewerbsfähigkeit der großen deutschen Kanzleien zu stärken und zum anderen auch für kleine und mittlere Anwaltsgesellschaften attraktive Zusammenschlussformen anzubieten.

55 Angesichts der geringen Zahl zugelassener Gesellschaften erscheint auch eine Umstellung für den Rechtsverkehr verkraftbar. Vom Wortsinn her ließe sich die Bezeichnung jedenfalls problemlos auch auf Personengesellschaften erstrecken, so dass ein Firmierungsprivileg der Kapitalgesellschaften nicht zwingend ist.

56 Problematischer ist die Besetzung des Verwaltungsrats der monistischen SE wegen der Kumulierung von Aufsichts- und Geschäftsführungsfunktionen. Hier könnte entweder zwischen geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Direktoren unterschieden werden oder es könnten die (strengereren) Regeln für den Vorstand gelten.

57 Zu den berufsrechtlichen Rahmenbedingungen für Auslandsgesellschaften Henssler, in: Henssler/Prütting (Fn. 17), Anh. §§ 59c ff. Rn. 13 ff., ders., FS Busse, 2005, S. 127, 143 ff.; Kilian, in: Henssler/Streck (Fn. 21), G Rn. 29 ff.

58 Gegen die Zulässigkeit eines Auftretens in Deutschland Dahns/Keller, NJW-Spezial 2012, 126; Kilian, NJW 2014, 1766, 1767 ff.



**Prof. Dr. Martin Henssler, Köln**

Der Autor ist Prorektor für Planung und wissenschaftliches Personal der Universität zu Köln und Geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, des dortigen Instituts für Anwaltsrecht sowie des Europäischen Zentrums für Freie Berufe.

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