



# Rechtsformneutralität und Organisationsfreiheit im neuen Sozietätsrecht

Die Anwalts-Kommanditgesellschaft ante portas

Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

Das Bundesjustizministerium will mit der großen BRAO-Reform den Weg für einen vollständig haftungsbeschränkte Personengesellschaft öffnen. Doch wird die Anwaltschaft die Anwalts-GmbH & Co. KG nutzen? Die empirischen Befunde des Soldan Instituts zeigen, dass neue Gesellschaftsformen vor allem die attraktiv sind, die schon heute Risikomanagement durch die Rechtsform betreiben

## I. Alter berufsrechtlicher Wein in neuen Schläuchen

Eines der zentralen Motive des Referentenentwurfs eines „Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften“<sup>1</sup> ist die Herstellung der „Gesellschaftsrechtlichen Organisationsfreiheit“. Für Rechtsanwälte – ebenso wie für Steuerberater und Patentanwälte – entfällt im künftigen Recht „der Zwang, bestimmte Gesellschaftsformen zu verwenden, vollständig.“<sup>2</sup> Diese Aussage in den Gesetzesmaterialien ist ein wenig missverständlich: Berufsrechtlich besteht seit den Entscheidungen des BayObLG zur Zulässigkeit von Anwalts-GmbH und Anwalts-AG Organisationsfreiheit für die Anwaltschaft bei der Nutzung von Rechtsformen des deutschen Rechts<sup>3</sup>. Gleiches gilt als Konsequenz der Rechtsprechung des EuGH zur rechtsformwahren grenzüberschreitenden Sitzverlegung im Binnenmarkt auch für Rechtsformen aus dem EWR, die ihren Sitz im Inland nehmen.<sup>4</sup> Rechtsformneutralität des § 59b Abs. 1 BRAO bedeutet schließlich auch, dass sich deutsche Rechtsanwälte bereits de lege lata in ausländischer Gesellschaften beliebiger Rechtsform zusammenschließen und in deren inländischen Zweigniederlassungen betätigen können.<sup>5</sup> Erforderlich ist nur, dass die fragliche Gesellschaft die von der Rechtsprechung etablier-

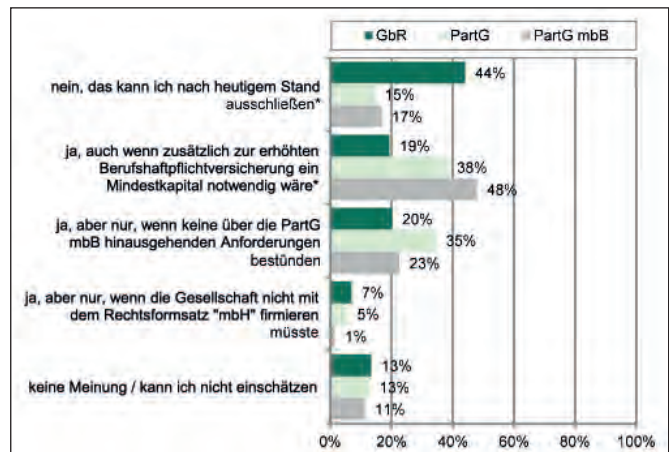


Abb. 1: Käme eine haftungsoptimierte Personengesellschaft als Träger Ihrer Kanzlei in Betracht? – nach Rechtsform\* (nur Rechtsanwälte aus Sozietäten) (2017)

\*statistisch signifikanter Zusammenhang ( $p < 0.05$ )

ten, rechtsformübergreifenden Strukturmerkmale aufweist, die berufsrechtlich die Gestaltungsfreiheit begrenzen, die das Gesellschaftsrecht an sich gewährt.<sup>6</sup> Ist dies nicht gewährleistet, ist dem Rechtsanwalt, der der BRAO unterfällt, berufsrechtlich eine Mitgliedschaft in einer solchen Gesellschaft nicht erlaubt. In diesem Sinne ist die geltende Vorschrift des § 59a Abs. 1 BRAO „rechtsformneutral“.<sup>7</sup> Einschränkungen ergeben sich allein aus anderen Rechtsquellen, namentlich aus dem HGB, das für Handelsgesellschaften bislang den Betrieb eines Handelsgewerbes voraussetzt und hierdurch die Nutzung der oHG und KG für Rechtsanwälte sperrt (anders aus historischen Gründen als für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer<sup>8</sup>).

## II. Warum einfach, wenn es kompliziert geht?

Das neue Sozietätsrecht soll in seinem § 59b BRAO-E gleich mit einer Auflistung zulässiger Rechtsformen beginnen. Der vorgeschlagene Abs. 2 der Norm lautet: „Für Berufsausübungsgesellschaften zulässige Rechtsformen sind 1. Gesellschaften nach deutschem Recht einschließlich der Handelsgesellschaften, 2. Europäische Gesellschaften und 3. nach dem Recht eines Mitgliedstaats der EU oder eines Vertragsstaats des EWR zulässige Gesellschaften“.<sup>9</sup> Erlaubt ist also alles – was nicht regelungsbedürftig wäre. Entsprechend, aber angesichts § 59b BRAO-E widersprüchlich verzichtet die korrespondierende Vorschrift des § 207a BRAO-E, die sich mit Berufsausübungsgesellschaften aus Staaten der WHO befasst, auf Aussagen zu möglichen Rechtsformen aus Drittstaaten und beschränkt sich auf rechtdienstleistungs- und berufsrechtlich-

1 Abrufbar unter <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/files/anwaltsblatt.de/Dokumente/2020/2020-10-29-refe-berufsausuebungsgesellschaften.pdf>

2 RefE, S. 148.

3 BayObLG NJW 1995, 199; 2000, 1647.

4 EuGH NJW 1999, 2027 („Centros“), NJW 2002, 3614 („Überseering“), NJW 2003, 3331 („Inspire Art“). Näher Kilian, in: Henssler/Streck, Handbuch Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. G 3 ff.

5 Kilian/Koch, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. B 1237 f.

6 Im Detail Kilian/Koch, aaO (Fn. 5), Rn. B 1235; Henssler, in: Henssler/Streck, aaO (Fn. 4), Rn. E 6.

7 Vgl. Bormann, in: Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 3. Auflage 2019, § 59a BRAO Rn. 14; Kleine-Cosack, BRAO, 7 von Wedel, in: Hartung/Scharmer, BORA/FAO, 6. Auflage 2016, vor § 59a BRAO Rn.5; Auflage 2015, § 59a BRAO Rn. 5; Glindemann, in: Henssler/Prütting, BRAO, 5. Auflage 2019, § 8 EuRAG Rn. 2; Kilian/Koch, aaO (Fn. 5), Rn. B 1013.

8 Zu den Hintergründen BGH NJW 2011, 3036, 3038f.

che Regelungen. Der etwas kuriose Ansatz des § 59b BRAO-E, „Freiheit“ anordnen zu wollen, erklärt sich wohl nur vor dem Hintergrund eines durch Art. 51 Nr. 5 des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vorgeschlagenen neuen § 107 Abs. 1 S. 2 HGB. Dort ist bestimmt, dass die oHG künftig als Gesellschaft zur Ausübung eines freien Berufs genutzt werden kann, wenn das Berufsrecht des jeweiligen Berufs eine Eintragung gestattet. Es bedarf also in den fraglichen Berufsrechten einer positiven Anordnung der Zulässigkeit der oHG, was zu an sich überflüssigen und weit über das Detailproblem der oHG hinausgehenden Normen wie § 59b BRAO-E zwingt. Naheliegender wäre wohl eine § 1 Abs. 3 PartGG entsprechende Regelung in § 107 Abs. 1 S. 2 HGB-E dergestalt, dass dort bestimmt wird: „...soweit die Eintragung in Vorschriften über einzelne Berufe nicht ausgeschlossen ist oder von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht wird.“

### III. Kommanditgesellschaft ante portas

Letztlich geht es dem Gesetzgeber natürlich nicht um die Öffnung der oHG für Freiberufler. Ihre Nutzung wäre angesichts der im Vergleich vorteilhafteren Strukturmerkmale bereits der einfachen PartG mit ihrer gesetzlichen Konzentration der Gesellschafterhaftung auf mit der Berufsausübung gegenüber dem Auftraggeber „befasste“ Gesellschafter wenig sinnvoll. Die Ermöglichung der Nutzung der Handelsgesellschaften zielt auf die Kommanditgesellschaft und hierbei auf die GmbH & Co. KG.<sup>10</sup> Der 71. Deutsche Juristentag hatte 2016 dem Gesetzgeber vorgeschlagen, Rechtsanwälten auch die KG und die GmbH & Co. KG als Organisationsmodelle zur Verfügung zu stellen.<sup>11</sup> Der Vorschlag fand die Unterstützung der anwaltlichen Berufsorganisationen.<sup>12</sup> Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte selbst stehen der Idee allerdings eher zurückhaltend gegenüber<sup>13</sup>: In einer Studie des Soldan Instituts äußerten sich nur 32 Prozent aller befragten Berufsträger zustimmend zur Öffnung des anwaltlichen Gesellschaftsrechts für die KG bzw. GmbH & Co. KG. Auch unter den sozialisierten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten als primärer Zielgruppe einer solchen Erweiterung war die Zustimmung mit 37 Prozent nur geringfügig höher – ein erster Indikator dafür, dass immer neue Organisationsmodelle für Rechtsanwälte eher ein Nischenthema sind als die breite Masse der Anwälte ansprechen (hierzu sogleich unten). Durch die über § 107 Abs. 1 S. 2 HGB-E geschaffene Möglichkeit, den Anwaltsberuf insbesondere in der GmbH & Co. KG auszuüben, kann die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft weiter beschränkt werden, als dies in der PartGmbH der Fall ist.<sup>14</sup> Künftig wird es also möglich sein, die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht nur auf Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung zu beschränken, sondern auf alle Gesellschaftsverbindlichkeiten

(während die künftig aus § 59o BRAO-E folgende Versicherungspflicht zur PartGmbH identisch sein wird).

### IV. Empirischer Befund

Reizvoll ist der Versuch einer Klärung der Frage, ob die beabsichtigte Öffnung der KG für die Anwaltschaft voraussichtlich eine nennenswerte praktische Relevanz erlangen wird oder ob sie eher eine akademische Fingerübung bleiben wird. Empirische Befunde aus Studien des Soldan Instituts<sup>15</sup> geben Anhaltspunkte für eine Beantwortung dieser Frage: Gefragt wurden zum Zeitpunkt der Studie (2017) sozialisierte Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte danach, ob für ihre Kanzlei die Nutzung einer über die PartGmbH hinausgehend haftungsoptimierten Personengesellschaft, sollte eine solche verfügbar werden, in Betracht käme.<sup>16</sup> Hierbei zeigte sich, dass Rechtsanwälte, die zum Zeitpunkt der Befragung in einer GbR organisiert waren, zu 44 Prozent und damit deutlich häufiger die künftige Nutzung einer solchen haftungsoptimierten Gesellschaft ausschließen als Rechtsanwälte, die in einer PartG (15 Prozent) oder PartGmbH (17 Prozent) zusammengeschlossen sind. Dies belegt vor allem, dass immer neue Rechtsformalternativen vor allem den Teil der Rechtsanwaltschaft reichern, der bereits aktiv Gebrauch von den existierenden Gestaltungsalternativen macht, es bei Schaffung einer RechtsanwaltsKG & Co. KG also vor allem zu Umschichtungen zu Lasten der PartGmbH käme (die ihrerseits vor allem zu Lasten der PartG an Bedeutung gewonnen hat). Bemerkenswerte Teilbefunde: Rechtsanwälte, die in einer einfachen PartG sozialisiert sind, reagieren deutlich sensibler auf die Notwendigkeit eines Mindesthaftungskapitals als Rechtsanwälte aus einer PartGmbH. Die Notwendigkeit, für die Nutzung einer Rechtsform Investitionen in Form eines Mindestkapitals oder eines wirkungsähnlichen Versicherungsschutzes einzuholen, scheint für einen Teil der Betroffenen ein Schritt zu sein, den sie trotz der damit verbundenen Vorteile nicht bereit sind zu gehen (und der bislang bereits häufig einer Nutzung einer PartGmbH entgegengestanden hat). Die Tatsache, dass auch 38 Prozent der Rechtsanwälte aus einer PartGmbH nicht bereit wären, sich eine vollständige Freistellung von einer Gesellschafterhaftung durch ein zusätzliches Mindestkapital, etwa in einer Komplementär-GmbH, zu erkaufen, zeigt freilich, dass auch viele Rechtsanwälte, die bereits in den für die Nutzung einer PartGmbH erforderlichen erhöhten Versicherungsschutz investieren, für sich eine finanzielle Belastungsgrenze definiert haben, jenseits derer die Kosten von den denkbaren Vorteilen einer haftungsoptimierten Gesellschaft nicht mehr kompensiert würden. Eine größere Zahl Rechtsanwälte, die bislang die verschiedenen Entwicklungsstufen haftungsoptimierter Berufsausübungsgesellschaften für sich jeweils nachvollzogen haben, wird einen weiteren Entwicklungsschritt hin zur KG bzw. insbesondere zur GmbH & Co. KG wohl nicht mehr mitgehen.

9 RefE, S. 13.

10 Zur Unzulässigkeit de lege lata BGH NJW 2011, 3036.

11 DJT, Beschlüsse des 71. DJT, S. 38.

12 Kilian, aaO, Die Reform des anwaltlichen Gesellschaftsrechts, 2018, S. 30ff.

13 Kilian, aaO (Fn. 14), S. 110ff.

14 § 59i Abs. 1 S. 1 BRAO-E verlangt allerdings für eine Gesellschafterstellung von Gesellschaften, dass diese selbst zugelassene Berufsausübungsgesellschaften sind. Die berufsrechtliche Anforderung an eine GmbH & Co. KG wäre damit bereits de lege lata über die Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH nach § 59c ff. BRAO zu gewährleisten.

15 Kilian, aaO (Fn. 14), S. 92 ff. Dort auch zur Methodik (S. 16 f.).

16 Die Frage zielte nicht, dies ist zu betonen, darauf, ob konkrete Pläne hierzu bestehen.



Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

Der Autor ist Direktor des Soldan Instituts. Er lehrt und forscht an der Universität zu Köln.

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