

D. Die Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

| | Rz. | | Rz. |
|--|-----|--|-----|
| I. Entwicklung der „Anwalts-GmbH“ (Henssler) | 1 | V. Gesellschafterkreis (Henssler) | |
| II. Gesetzgebungsverfahren zur BRAO-Novelle 1998 (Henssler) | 4 | 1. Berufsrechtliche Anforderungen an den Gesellschafterkreis | 53 |
| III. Überblick über die gesetzliche Regelung der Rechtsanwalts- gesellschaft mbH (Henssler) | 5 | a) Die Beschränkung auf die „soziätätsfähigen“ Berufe . . | 53 |
| IV. Die Gründung der Rechts- anwaltsgesellschaft mbH (Henssler) | 11 | b) Pflicht zur aktiven Mitarbeit | 54 |
| 1. Freie Wahl zwischen GmbH und UG | 12 | c) Rechtsanwaltschaft beim BGH | 56 |
| 2. Gesellschaftsvertrag | 14 | d) Die Einmann-Rechtsanwaltsgesellschaft mbH . . | 57 |
| a) Grundlagen | 14 | e) Ausländische Rechtsanwälte als Gesellschafter . | 58 |
| b) Gesellschaftsrechtliche Anforderungen an die Satzung | 16 | f) Gesamthänderische Bindung der Gesellschafter . . . | 60 |
| c) Berufsrechtliche Anforderungen an den Gesellschaftsvertrag/die Satzung . | 20 | g) Mehrheitserfordernisse . . . | 62 |
| d) Form des Gesellschaftsvertrages | 23 | h) Rechtsfolgen bei rechtswidriger Zusammensetzung des Gesellschafterkreises . . | 63 |
| e) Vertragsmängel/fehlerhafte Gesellschaft | 25 | 2. Der Eintritt eines Gesellschafters | 64 |
| 3. Kapitalaufbringung | 28 | 3. Verfügungen über Gesellschaftsanteile | 65 |
| a) Stammkapital und Stammeinlagen | 28 | a) Gesellschaftsrechtliche Übertragbarkeit | 65 |
| b) Bareinlagen | 29 | b) Zustimmungspflicht | 66 |
| c) Sacheinlagen | 30 | 4. Formen mittelbarer Beteiligung | 67 |
| d) Leistungsstörungen bei Sachgründungen | 34 | a) Stille Beteiligungen | 68 |
| 4. Gründung durch Umwandlung | 38 | b) Unterbeteiligung, Nießbrauch und Treuhand | 69 |
| a) Umwandlung einer Anwaltssozietät in eine Rechtsanwaltsgesellschaft mbH | 38 | c) Verpfändung und Pfändung . . | 71 |
| b) Gründung durch Umwandlung einer Partnerschaftsgesellschaft in eine GmbH . | 40 | d) Testamentsvollstreckung . . . | 73 |
| 5. Zulassungs- und Eintragungsverfahren | 44 | VI. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander (Henssler) | |
| a) Das Zulassungsverfahren . . | 45 | 1. Gesellschaftsrechtliches Innenverhältnis | 75 |
| b) Die Eintragung ins Handelsregister | 50 | a) Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung . . | 75 |
| | | b) Pflichten der Gesellschafter | 79 |
| | | c) Wettbewerbsverbote | 83 |
| | | d) Informationsrechte | 88 |
| | | e) Gewinnverteilung | 91 |

| Rz. | | Rz. | |
|--|-----|---|-----|
| 2. Berufspflichten der anwaltlichen Gesellschafter | 96 | 3. Firmierung und Außen- darstellung der Rechts- anwaltsgegesellschaft | 134 |
| a) Vorrang des Berufsrechts vor dem Gesellschaftsrecht | 96 | a) Notwendige Firmen- bestandteile | 134 |
| b) Einzelne Berufspflichten . . | 98 | b) Gestaltung von Briefkopf und Praxisschild | 139 |
| 3. Die Geschäftsführung der Rechtsanwaltsgegesellschaft mbH | 100 | c) Beschränkung des Firmenzusatzes auf zugelassene Gesellschaften | 140 |
| a) Mehrheitserfordernisse . . | 100 | d) Die Firma der interprofessionellen Beratungs-GmbH . | 141 |
| b) Verantwortliche Leitung durch Rechtsanwälte | 102 | e) Die Fortführung der Namen ehemaliger Gesellschafter . | 144 |
| c) Weisungsfreiheit | 103 | | |
| d) Praktikabilitäts- erwägungen | 104 | | |
| 4. Fakultativer Aufsichtsrat einer Rechtsanwaltsgegesellschaft mbH | 106 | | |
| VII. Das Ausscheiden von Gesellschaftern (Hessler) | | 4. Die Postulationsfähigkeit der Rechtsanwaltsgegesellschaft mbH | 147 |
| 1. Überblick | 107 | 5. Das Betätigungsfeld der Rechtsanwaltsgegesellschaft mbH | 152 |
| 2. Ausscheiden auf Initiative des Gesellschafters | 108 | a) Anwaltliche Tätigkeiten . | 152 |
| 3. Vererbung von Geschäfts- anteilen | 113 | b) Nichtanwaltliche Tätig- keiten | 153 |
| 4. Der Ausschluss eines Gesellschafters | 118 | c) Die Zulässigkeit der Organisations-GmbH | 155 |
| 5. Die Formen des Aus- scheidens | 121 | | |
| a) Einziehung des Gesell- schaftsanteils | 121 | IX. Das Geschäftsbesorgungs- verhältnis zwischen GmbH und Mandant (Hessler) | |
| b) Die Abtretung des Gesellschaftsanteils | 123 | 1. Vertragsrechtliche Besonder- heiten | 156 |
| VIII. Das Außenverhältnis der Rechtsanwaltsgegesellschaft mbH (Hessler) | | 2. Haftung der GmbH und Haftungsbeschränkungs- möglichkeiten | 158 |
| 1. Wirksamwerden im Verhältnis zu Dritten | 124 | 3. Anwaltliche Haftungsrisiken in der GmbH | 160 |
| a) Eintragung ins Handelsregister | 124 | a) Reichweite des Haftungs- privileges | 160 |
| b) Vor-GmbH | 125 | b) Persönliche Haftung bei unzureichendem Versiche- rungsschutz | 162 |
| 2. Die Vertretung der Rechtsanwaltsgegesell- schaft mbH | 127 | c) Fälle der Durchgriffs- haftung | 164 |
| a) Die verantwortliche Führung durch anwalt- liche Geschäftsführer . . . | 127 | d) Haftung des anwaltlichen Geschäftsführers | 167 |
| b) Prokuristen und Hand- lungsbevollmächtigte . . . | 132 | e) Vertrauenschaftung des Mandatsbearbeiters und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter | 170 |
| c) Rechtsscheinsvoll- machten | 133 | f) Generelle Freistellung der Mitgesellschafter | 172 |
| | | 4. Berufshaftpflichtversicherung . | 173 |

| Rz. | Rz. |
|--|---|
| X. Die überörtliche Rechtsanwaltsgesellschaft mbH (Henssler) | a) Allgemeines 233 |
| 1. Berufsrechtliche Anforderungen 176 | b) Steuersubjekt 235 |
| 2. Eintragung der Zweigniederlassungen 178 | c) Gewinnermittlung 237 |
| 3. Zweigniederlassungen im Ausland 181 | d) Gewinnausschüttungen, Einlagen 240 |
| XI. Auflösung und Liquidation der GmbH (Henssler) 182 | e) Verdeckte Gewinnausschüttungen, verdeckte Einlagen 241 |
| 1. Auflösungsgründe 183 | f) Einzelthemen 244 |
| 2. Anmeldung und Rechtsfolgen der Auflösung 191 | aa) Tätigkeitsvergütung . 244 |
| 3. Liquidation 192 | bb) Tantiemen 253 |
| 4. Umwandlung in andere Gesellschaftsformen 197 | cc) Pensionszusagen 256 |
| XII. Unternehmensverbindungen unter Beteiligung von Rechtsanwaltsgesellschaften (Henssler) | dd) Miet- und Pachtverhältnisse 258 |
| 1. Beteiligung an Berufsausübungsgesellschaften 198 | ee) Darlehen 259 |
| 2. Beteiligungen an gewerblichen Unternehmen 199 | ff) Kostenumlagen 260 |
| XIII. Die interdisziplinäre Zusammenarbeit von Angehörigen der soziätätfähigen Berufe (Henssler) | gg) Stille Beteiligung 261 |
| 1. Grundsätzliche Zulässigkeit 201 | hh) Praxiswert 262 |
| 2. Mehrheitserfordernisse 202 | ii) Familienverträge 263 |
| 3. Die Rechtsanwaltsgesellschaft und Steuerberatungsgesellschaft mbH 203 | jj) Weitere Tätigkeiten neben der Anwaltsgesellschaft 264 |
| 4. Die Rechtsanwaltsgesellschaft und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mbH 205 | g) Steuerklauseln 266 |
| 5. Die Leitung der Zweigniederlassung in der interprofessionellen Kapitalgesellschaft 208 | h) Organschaft 267 |
| 6. Kritik 211 | 3. Anrechnungsverfahren 270 |
| 7. Die Beteiligung von Anwalts- und Nur-Notaren an einer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH 214 | 4. Gewerbesteuer 283 |
| XIV. Steuerrecht (Streck) | 5. Einheitsbewertung/Vermögensteuer 284 |
| 1. Steuervorteile, Steuernachteile 221 | 6. Umsatzsteuer 285 |
| 2. Körperschaftsteuer 233 | 7. Besteuerungsverfahren der GmbH 286 |
| XV. Bewertungsfragen (Streck) 296 | 8. Die GmbH als Arbeitgeber; Lohnsteuerpflicht 287 |
| XVI. Mustersatzung einer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH unter ausschließlicher Beteiligung von Rechtsanwälten (Henssler) 300 | 9. Erbschaftsteuer/Schenkungssteuer 288 |
| XVII. Muster einer Neuammeldung einer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH (Henssler) 301 | 10. Steuerinteressen des Mandanten 289 |

I. Entwicklung der „Anwalts-GmbH“

- 1 Die BRAO stellt den Rechtsanwälten auch die GmbH als Berufsausübungsgesellschaft zur Verfügung. Das Gesetz spricht von der „Rechtsanwaltsgesellschaft“ und reserviert diese Bezeichnung zugleich für die in einem eigenständigen Genehmigungsverfahren zugelassenen Gesellschaften (§ 59k Abs. 2 BRAO). Da für anwaltliche Personengesellschaften (Anwaltssozietäten und Partnerschaften) bewusst kein Zulassungsverfahren vorgesehen ist (siehe aber M Rz. 23ff.), können derzeit neben der GmbH allenfalls sonstige Kapitalgesellschaften¹ die Bezeichnung „Rechtsanwaltsgesellschaft“ führen, sofern man diese Gesellschaften in entsprechender Anwendung der §§ 59c ff. BRAO einem Zulassungsverfahren unterstellt.
- 2 Die gesetzliche Regelung der Rechtsanwaltsgesellschaft mbH², die zum 1. 3. 1999 in Kraft getreten ist, setzte seinerzeit einen vorläufigen Schlusspunkt unter eine rasante, aber auch heftig umstrittene Entwicklung. Die Möglichkeit, sich gesellschaftsrechtlich anders als in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu organisieren, schien noch Ende der 1980er Jahre nur wenigen Anwälten ein erstrebenswertes Ziel. Ein Berufsstand mit beachtlichem wirtschaftlichen, gesellschafts- und rechtspolitischen Gewicht schreckte damals vor gesellschaftsrechtlichen Veränderungen aus Konkurrenzangst und Sorge um das eigene Ansehen zurück. Noch bis 1990 fand sich kein einziger Beitrag aus dem Schrifttum, der sich für die Zulässigkeit der Anwalts-GmbH bereits *de lege lata* aussprach. Nur die berufspolitische Diskussion über ihre Einführung *de lege ferenda* dauerte schon länger an. Die ersten Plädoyers³ für diese Gesellschaftsform wurden zunächst sehr skeptisch aufgenommen. Ein grundlegender Meinungsumschwung begann in Rechtsprechung⁴ und Schrifttum⁵ erst mit dem Votum des BGH für die Zulässigkeit der **Zahnärzte-GmbH** im Urteil vom 25. 11. 1993⁶. Das BayObLG übertrug die Grundsätze dieser Entscheidung in seinem Beschluss vom 24. 11. 1994⁷ auf die **Anwalts-GmbH** als Berufsausübungsgesellschaft⁸. Die damit eingeleitete Entwicklung war schon

1 Dazu nachfolgend (für die Anwalts-AG) E Rz. 16.

2 Gesetz zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Patentanwaltsordnung und anderer Gesetze v. 31. 8. 1998, BGBl. I, 2600.

3 Ahlers, AnwBl. 1991, 226; Henssler, JZ 1992, 697.

4 BayObLG NJW 1996, 3217; OLG Bamberg, MDR 1996, 423; LG Baden-Baden, AnwBl. 1996, 537.

5 Zu Übersichten über den Meinungsstand vgl. Henssler, DB 1995, 1549; Gail/Overlack, Analtsgesellschaften, 2. Aufl. 1996, Rz. 18f.; ferner Damm, FS Brandner, 1996, S. 31; Piper, FS Odersky, 1996, S. 1063ff.; die Gegenauffassung wurde vertreten von Taupitz, JZ 1994, 1100; Taupitz, NJW 1995, 369; Kempter, BRAK-Mitt. 1995, 4; Braun, MDR 1995, 447.

6 BGHZ 124, 224 = NJW 1994, 786.

7 BayObLG NJW 1995, 199, 201.

8 Bezuglich der tatsächlichen Betätigungsmöglichkeiten der Anwalts-GmbH waren missverständliche Passagen im Beschluss des BayObLG Zweifelsfragen auf. Der Begründung zufolge sollte die GmbH nur „die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für die Rechtsanwaltstätigkeit“ schaffen, dagegen „nicht selbst Rechtsberatung“ ausüben, BayObLG NJW 1995, 199, 201.

bald nicht mehr aufzuhalten: Weitere Gerichtsentscheidungen bestätigten die Grundsatzentscheidung des BayObLG¹. Einige der neu gegründeten GmbHs entwickelten sich in der Folgezeit dynamisch zu großen überörtlichen Berufsausübungsgesellschaften². Die **Bundesrechtsanwaltskammer**, die sich lange gegen die Anwaltskapitalgesellschaft gesträubt hatte, kapitulierte daraufhin auf ihrer Hauptversammlung im September 1996 vor der normativen Kraft des Faktischen³ und machte so den Weg frei für eine gesetzliche Regelung der Rechtsanwaltsgesellschaft.

Die Zulässigkeit der Anwalts-GmbH⁴ ergab sich zwingend aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten: Das Verbot der Anwalts-GmbH hätte als Einschränkung der grundrechtlich durch Art. 12 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit eine hinreichend bestimmte gesetzliche Regelung vorausgesetzt. Außerdem hätte es durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden müssen. Ein gesetzliches Verbot war aber weder der BRAO noch sonst einem gewohnheitsrechtlich fixierten Berufsbild des Rechtsanwalts mit der erforderlichen Deutlichkeit⁵ zu entnehmen. So konnte der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts durch die Beschränkung des Gesellschafterkreises auf soziätäsfähige Personen Rechnung getragen werden. Weder das seinerzeit geltende RBerG⁶ noch der Typus des Freien Berufes konnten ein Verbot der Anwalts-GmbH rechtfertigen⁷. Den Besonderheiten des Anwaltsberufs ließ sich bereits vor dem Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung durch Anforderungen an die konkrete Ausgestaltung der GmbH-Satzung Rechnung tragen⁸.

II. Gesetzgebungsverfahren zur BRAO-Novelle 1998

Das Bundesministerium der Justiz, das sich 1994 noch einer gesetzlichen Regelung der Anwalts-GmbH im Rahmen der Novellierung der BRAO verschlossen hatte, stellte im März 1997 den **Referentenentwurf** eines „Gesetzes zur Regelung der Anwaltsgesellschaft mit beschränkter Haftung“ vor⁹.

¹ BayObLG NJW 1996, 3217; OLG Bamberg, MDR 1996, 423; LG Baden-Baden, AnwBl. 1996, 537.

² Vgl. Hellwig, ZHR 161 (1997), 337, 341.

³ Beschl. der 80. Hauptversammlung v. 26./27. 9. 1996, vgl. Presseerklärung v. 30. 9. 1996.

⁴ Vgl. die umfangreichen Nachweise bei Henssler, ZHR 161 (1997), 305, 306; Gail/Overlack, Anwaltsgesellschaften, 2. Aufl. 1996, Rz. 17; Römermann, GmbHR 1997, 530.

⁵ Dazu BVerfGE 98, 49, 60 = NJW 1998, 2269, 2270 mit Anm. Henssler, JZ 1998, 1065.

⁶ Das gilt erst recht für das RDG, das ein Verbot einer Anwalts-GmbH nicht stützt; dazu M Rz. 33 ff.

⁷ Zu Einzelheiten Henssler, JZ 1992, 697.

⁸ Kritisch zum Ganzen Feuerich/Braun, 4. Aufl. 1999, § 59a BRAO Rz. 19.

⁹ Referat R B 1, abgedruckt in ZIP 1997, 1518.

Nach heftiger Kritik von Seiten des Schrifttums¹, der BRAK² und des DAV³ wurde der Entwurf insbesondere im Bereich der Handelndenhaftung und der Postulationsfähigkeit überarbeitet. Die gegen den liberalisierten Regierungsentwurf vorgebrachten Bedenken des Bundesrates⁴, der ein Verbot der Beteiligung von Anwaltsnotaren wünschte, konnten sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen. Das am 7. 9. 1998 verkündete⁵ **Gesetz zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung** ist zum 1. 3. 1999 in Kraft getreten. Seither gab es nur wenige Änderungen der §§ 59c ff. BRAO. Das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts⁶ hat mit Wirkung zum 18. 12. 2007 das Verbot der Sternsozietät für Anwaltsgesellschaften aufgehoben und den Wortlaut der §§ 59e und 59f BRAO entsprechend angepasst. Nachträglich wurde auch die Norm des § 59i BRAO durch das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht⁷ entsprechend reformiert. Die Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften zur Erteilung und zum Erlöschen der Zulassung – §§ 59g, 59h BRAO – wurden durch das Gesetz zur Stärkung der Selbstverwaltung der Rechtsanwaltschaft⁸ und durch das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht an das neue Verfahrensrecht der BRAO angeglichen.

III. Überblick über die gesetzliche Regelung der Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

- 5 Die gesetzliche Regelung der Rechtsanwaltsgesellschaft mbH orientiert sich an den Anforderungen, die von Schrifttum⁹ und Rechtsprechung¹⁰ schon zuvor aus allgemeinen berufsrechtlichen Grundsätzen hergeleitet worden waren. Bemerkenswert ist, dass die Rechtsanwaltsgesellschaft mbH unter Verzicht auf eine Handelndenhaftung als „echte“ GmbH mit der Haftung nur des Gesellschaftsvermögens ausgestaltet wurde. Überraschend konnte sich der Gesetzgeber außerdem dazu entschließen, der Rechtsanwaltsgesellschaft mbH die Postulationsfähigkeit zuzubilligen. Als Negativaspekt bleibt die schwer nachvollziehbare Entscheidung, die interprofessionelle Zusammenarbeit durch Mehrheitserfordernisse zu erschweren.
- 6 Geregelt wird die Rechtsanwaltsgesellschaft mbH durch die Bestimmungen der §§ 59c–59m BRAO. § 59c BRAO definiert die Rechtsanwaltsgesellschaft

1 Hessler, ZIP 1997, 1481; Römermann, GmbHR 1997, 530.

2 Stellungnahme der Hauptversammlung der BRAK auf der Sitzung v. 22. 5. 1997.

3 Stellungnahme des Berufsrechts- und des Soziätsrechtsausschusses des DAV v. Juni 1997.

4 BT-Drucks. 13/9820, Anl. 2, S. 23ff.

5 BGBl. I, 2600ff.

6 BGBl. I, 2840.

7 BGBl. 2009 I, 2449.

8 BGBl. 2007 I, 358, 359.

9 Ahlers, AnwBl. 1991, 226; Hessler, JZ 1992, 697.

10 BayObLG NJW 1995, 199, 201; BayObLG NJW 1996, 3217; OLG Bamberg, MDR 1996, 423; LG Baden-Baden AnwBl. 1996, 537.

mbH als GmbH, deren **Unternehmensgegenstand** die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist. **Gesellschafter** einer Rechtsanwaltsgesellschaft können nur Rechtsanwälte und Angehörige soziätätsfähiger Berufe i.S.v. § 59a Abs. 1 und 2 BRAO sein, eine Anforderung, die für alle gesellschaftsrechtlichen Verbindungen von Rechtsanwälten gilt. Zulässig ist auch die Beteiligung von Anwaltsnotaren. Alle Gesellschafter müssen außerdem **aktiv** ihren Beruf in der Gesellschaft ausüben.

Ein Kernstück der gesetzlichen Regelung bilden die Anforderungen an den Gesellschafterkreis der Rechtsanwaltsgesellschaft mbH. Nach § 59e Abs. 2 BRAO muss die **Mehrheit** sowohl der **Geschäftsanteile** als auch der **Stimmrechte Rechtsanwälten** zustehen. Dieses schon für die Rechtslage vor Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung durch das BayObLG¹ bejahte Mehrheitsfordernis bleibt auf die Rechtsanwaltsgesellschaft mbH beschränkt: Weder die Gesellschaft bürgerlichen Rechts noch die Partnerschaftsgesellschaft kennen vergleichbare Restriktionen. Auch die **Geschäftsführerpositionen** müssen in der GmbH mehrheitlich mit Rechtsanwälten besetzt sein (§ 59f BRAO). Ihre Unabhängigkeit von Weisungen oder vertraglichen Bindungen ist ausdrücklich vorgeschrieben (§ 59f Abs. 4 BRAO). Selbst mittelbare Beteiligungen sind den nicht soziätätsfähigen Personen verwehrt, da Anteile an der Rechtsanwaltsgesellschaft mbH **nicht für Rechnung Dritter** gehalten und solche Personen auch nicht am Gewinn beteiligt werden dürfen. Der Ausschluss der Einflussnahme durch berufsfremdes Kapital dient der Sicherung der unabhängigen und eigenverantwortlichen anwaltlichen Berufsausübung in der GmbH².

Über das die anwaltlichen Gesellschafter treffende **Zulassungserfordernis** hinausgehend bedarf die Rechtsanwaltsgesellschaft mbH selbst einer eigenständigen Berufszulassung; mit der Zulassung wird sie beitragspflichtiges Mitglied der Rechtsanwaltskammer, in deren Bezirk sie ihren Sitz hat³.

Die Gesellschafterhaftung richtet sich nach den allgemeinen für die GmbH geltenden Grundsätzen. Auf eine Handelndenhaftung der rechtsberatend tätigen oder sonst mit der Sache befassten Gesellschafter wurde verzichtet, da sich ein ausreichender Schutz der Mandanten über die auf 2,5 Mio. Euro **erhöhte Pflichtversicherung** realisieren lässt. Eine Doppelbelastung durch Handelndenhaftung und erhöhte Versicherungspflicht hätte die Rechtsanwaltsgesellschaft mbH als Rechtsform weitgehend entwertet.

1 BayObLG NJW 1995, 199, 201.

2 Hierzu Feuerich/Weyland/Feuerich, § 59e BRAO Rz. 11; Zuck, Anwalts-GmbH, § 59e BRAO Rz. 42; Soziätsrecht/Kraus/Senft, § 15 Rz. 14; Hessler, BRAK-Mitt. 2007, 186ff. und 238ff.; kritisch Kleine-Cosack, § 59e BRAO Rz. 1; Kleine-Cosack, DB 2007, 1857; Kleine-Cosack, AnwBl. 2007, 737; Hartung/Römermann/Römermann, § 59e BRAO Rz. 16; Römermann, BB 2005, 1136.

3 Zum Ablauf des Zulassungsverfahrens vgl. Hessler/Prütting/Hessler, § 59g BRAO Rz. 2 ff.; Feuerich/Weyland/Feuerich, § 59g BRAO Rz. 7 ff.; Zuck, Anwalts-GmbH, § 59g BRAO Rz. 8 ff.

- 10 Die Rechtsanwaltsgegesellschaft mbH ist uneingeschränkt **postulationsfähig** (§ 591 BRAO). Sie darf also nicht nur in zivilrechtlichen Streitigkeiten als Prozessbevollmächtigte auftreten (zur Möglichkeit einer Beiordnung siehe M Rz. 37ff.), sondern auch die **Vertretung in Strafsachen** übernehmen. Verteidiger i.S.v. §§ 137ff. StPO kann jedoch nur der einzelne Rechtsanwalt sein (vgl. § 591 S. 4 BRAO).

IV. Die Gründung der Rechtsanwaltsgegesellschaft mbH

- 11 Die Gründung einer GmbH erfolgt durch (1) Abschluss des formwirksamen Gesellschaftsvertrages, (2) Bestellung der Geschäftsführer, (3) Erbringung der gem. § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG erforderlichen Leistungen auf die Geschäftsanteile, (4) Anmeldung zum Handelsregister und (5) Eintragung ins Handelsregister nebst Bekanntmachung¹. Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages ist die Gesellschaft „errichtet“; mit Eintragung entsteht sie als juristische Person (§ 11 Abs. 1 GmbHG). §§ 59c Abs. 1, 59d BRAO verlangen zusätzlich zur Eintragung als sechste Voraussetzung eine berufsrechtliche Zulassung der Gesellschaft durch die Rechtsanwaltskammer.

1. Freie Wahl zwischen GmbH und UG

- 12 Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)² wurde die Unternehmergegesellschaft (UG) geschaffen. Nach der Regierungsbegründung handelt es sich bei der haftungsbeschränkten Unternehmergegesellschaft nicht um eine neue Rechtsform, sondern um eine Variante der GmbH, die ohne bestimmtes Mindestkapital gegründet werden kann³. Alle Vorschriften des deutschen Rechts, die die GmbH betreffen, gelten auch für die UG. Aus § 5a Abs. 1 GmbHG ist ersichtlich, dass der abweichenden Bezeichnung als „Unternehmergegesellschaft“ lediglich eine firmenrechtliche Bedeutung zukommt, um den Geschäftsverkehr auf die fehlende Mindestkapitalisierung dieser Form der GmbH aufmerksam zu machen. Da es sich bei der UG um eine Variante der GmbH handelt, kann eine Rechtsanwaltsgegesellschaft problemlos als UG gegründet werden⁴.
- 13 Die geringe Kapitalausstattung der UG und ihre von der klassischen GmbH abweichende Firmierung bewirken keine Inkompatibilität mit den §§ 59c ff. BRAO. § 59j BRAO gewährleistet vielmehr, dass nur Rechtsanwaltsgegesellschaften zugelassen werden, die über eine Mindesthaftpflichtversicherung von 2,5 Mio. Euro verfügen. Da bei der Rechtsanwaltsgegesellschaft in Form der regulären GmbH die Mindesthaftpflichtversicherung in keinem Zusam-

1 Zum Gründungsablauf vgl. Beck'sches Handbuch der GmbH/Schwaiger, 4. Aufl. 2009, § 2 Rz. 3.

2 BGBl. 2008 I, 2026.

3 BT-Drucks. 16/6140, 31.

4 Vgl. auch Römermann, AnwBl. 2009, 131. Zum Interesse der Anwaltschaft an der UG Hommerich/Kilian, AnwBl. 2009, 861f.

menhang mit der tatsächlichen Kapitaldeckung der Gesellschaft steht, entstehen den Mandanten durch die geringe Kapitalausstattung der UG keine Nachteile. Die firmenrechtliche Vorschrift des § 59k BRAO steht einer UG als Rechtsanwalts gesellschaft ebenfalls nicht entgegen. Die nach § 5a GmbHG i.V.m. § 59k BRAO korrekte Bezeichnung lautet „Rechtsanwalts gesellschaft UG (haftungsbeschränkt)“.

2. Gesellschaftsvertrag

a) Grundlagen

Der Gesellschaftsvertrag als Gründungsgeschäft der Gesellschafter erfüllt mehrere Funktionen: Er regelt als mehrseitiges (bei der Einmann-GmbH einseitiges) Rechtsgeschäft die Beziehung der Gesellschafter zur Gesellschaft und der Gesellschafter untereinander und bildet zugleich als Satzung die verbandsautonom geschaffene korporationsrechtliche Grundordnung der Gesellschaft¹. Der **Mindestinhalt** des Gesellschaftsvertrags richtet sich nach § 3 GmbHG richtet. Durch die Eintragung wird die GmbH-Satzung zu einem gegenüber den Gründern verselbständigt und nur noch durch qualifizierte Mehrheit der jeweiligen Gesellschafter zu ändernden Statut. Die Vorschriften des GmbHG sehen neben dem notwendigen Inhalt fakultative Satzungsbestimmungen und sonstige, dem Gesellschaftsvertrag vorbehaltene Regelungen vor. Sie knüpfen damit an ein „Normalstatut“ an, das durch eine am Einzelfall orientierte Gestaltung des Gesellschaftsvertrages dem Zweck der Gesellschaft, der Zahl der Gesellschafter etc. angepasst werden kann². Neben den korporationsrechtlichen („echten“) Satzungsbestandteilen kann der Gesellschaftsvertrag Vereinbarungen enthalten, die funktionsgleich auch außerhalb des Gesellschaftsvertrages in Kraft gesetzt werden könnten. Bedeutsam ist die Trennung zwischen beiden Bestandteilen für die Bindung der Gesellschafter, die Auslegung der Klauseln sowie die Anwendbarkeit der Regeln über Satzungsänderungen (§§ 53ff. GmbHG)³.

Vor Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung der Rechtsanwalts gesellschaft mbH war anerkannt, dass dem auf Rechtsberatung ausgerichteten Gesellschaftszweck und dem infolgedessen zu beachtenden anwaltlichen Berufsrecht dadurch Rechnung getragen werden müsse, dass die Satzung bestimmte Sachverhalte wie z.B. den Gesellschafterkreis im Einzelnen berufsrechtskonform festlegt. Danach bedurfte es gesellschaftsvertraglicher Regelungen, um dispositives, berufsrechtswidriges Gesellschaftsrecht zu verdrängen. Nach aktueller Rechtslage muss die Rechtsanwalts gesellschaft mbH sowohl den Anforderungen des GmbHG als auch denen der BRAO entsprechen. Satzungsbestimmungen, die gegen gesetzliche Vorschriften ver-

14

15

1 Zu Einzelheiten Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 3 II; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 5 I.

2 Scholz/Priester/Veil, § 53 GmbHG Rz. 39; zu Einzelfällen vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff/Zimmermann, § 53 GmbHG Rz. 16ff.

3 Hachenburg/Ulmer, Einl. GmbHG Rz. 23ff., § 2 GmbHG Rz. 8; vgl. auch Scholz/Priester/Veil, § 53 GmbHG Rz. 8ff.

stoßen, sind unwirksam. Umgekehrt muss die Satzung nicht mehr zwingend jene Regelungen enthalten, deren Einhaltung schon durch die Bestimmungen der BRAO gesichert ist. Das gilt auch für die Pflicht zur aktiven Mitarbeit (vgl. Rz. 54f.). Gleichwohl empfiehlt sich eine deklaratorische Aufnahme solcher Regelungen in die Satzung, welche die Beachtung der vom GmbH-Recht abweichenden Anforderungen der BRAO sicherstellen.

b) Gesellschaftsrechtliche Anforderungen an die Satzung

- 16 Der **obligatorische Mindestinhalt** des Gesellschaftsvertrags einer GmbH ergibt sich aus § 3 **GmbHG**: Firma und Sitz der Gesellschaft, Gegenstand des Unternehmens, Betrag des Stammkapitals sowie Zahl und Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter übernimmt.¹ Soll die Rechtsanwaltsgegesellschaft als „normale“ GmbH gegründet werden, ist ein Mindeststammkapital von 25 000 Euro (§ 5 Abs. 1 S. 1 GmbHG) erforderlich; wählen die Gründer jedoch die Form der UG, reicht ein Stammkapital von einem Euro aus.² Als **Unternehmensgegenstand** ist nach § 59c Abs. 1 **BRAO** die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten vorzusehen.
- 17 Die Gesellschafter einer regulären GmbH sind in der Wahl zwischen **Bar- und Sachgründung** frei³. Die BRAO schränkt dieses Wahlrecht nicht ein. Der im Referentenentwurf⁴ enthaltene Ausschluss von Sacheinlagen wurde bereits im Regierungsentwurf gestrichen. Wird eine Rechtsanwaltsgegesellschaft als UG gegründet, gilt nach § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG ein Verbot von Sacheinlagen.
- 18 Im Gesellschaftsvertrag einer GmbH sind Stammkapital und Stammeinlagen als feste Euro-Beträge anzugeben; die konkrete Einlagepflicht kann sich aber auf Sachen oder sonstige Vermögenswerte richten. Bar- und Sachgründung können auch miteinander kombiniert werden⁵. Im Fall einer Sachgründung nach § 5 Abs. 4 GmbHG müssen in der notariellen Gründungsurkunde die auf die Stammeinlagen zu leistenden Vermögensgegenstände und die Beträge der darauf entfallenden Stammeinlagen genau bezeichnet sein⁶. Gegenstand der Sacheinlage können Sachen, Rechte und sonstige vermögenswerte Positionen sein, die wie Geldleistungen bei der Bareinlage zur Bildung der Kapitalgrundlage der Gesellschaft geeignet sind, also nicht nur

¹ Vgl. dazu Hachenburg/*Ulmer*, § 3 GmbHG Rz. 4; das MoMiG hat die Pflicht zur Übernahme von Geschäftsanteilen gegenüber der Pflicht zur Leistung der Stammeinlage durch eine Änderung des § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG in den Vordergrund gerückt; BT-Drucks. 16/6140, 28.

² Da § 5a GmbHG kein Mindestkapital für die UG vorschreibt, ergibt sich die Summe von einem Euro aus § 5 Abs. 2 GmbHG.

³ Baumbach/Hueck/*Hueck/Fastrich*, § 5 GmbHG Rz. 14; Scholz/Winter/Westermann, § 5 GmbHG Rz. 36.

⁴ Vgl. Erläuterungen des Referentenentwurfs zu § 59f E-BRAO.

⁵ Zur sog. Mischeinlage vgl. Baumbach/Hueck/*Hueck/Fastrich*, § 5 GmbHG Rz. 20.

⁶ Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schmidt-Leithoff*, § 5 GmbHG Rz. 57f.; Baumbach/Hueck/*Hueck/Fastrich*, § 5 GmbHG Rz. 45.

Praxisinventar, Grundstücke oder Nutzungsrechte an denselben, sondern auch der zu einer Sozietät gehörende Mandantenstamm¹ etc. Soll die GmbH den **Mandantenstamm** des Einzelanwalts oder der Sozietät nach einer zuvor erfolgten Bargründung übernehmen, so ist zwischen der GmbH und dem Anwalt bzw. der Sozietät ein Kaufvertrag über die Praxisgegenstände, den Mandantenstamm usw. abzuschließen.

Als **fakultative** Bestandteile müssen außerdem all jene mitgliedschaftsrechtlichen Abreden in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, welche die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft bestimmen oder für die Beziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern maßgebend sein sollen. Nur dann sind sie für jeden, also auch für künftig an der Gesellschaft Beteiligte, bindend². Zu den fakultativen Bestandteilen gehören etwa zeitliche **Beschränkungen des Unternehmens** oder **Nebenleistungspflichten der Gesellschafter**. Die letztgenannten Pflichten können z.B. die Gewährung von Darlehen oder die Gebrauchsüberlassung bestimmter Sachen (Kanzleiräume oder Büroausstattung) sowie Wettbewerbsverbote umfassen. Angesichts der Regelung in § 59e BRAO muss die **Pflicht zur aktiven Berufsausübung** in der GmbH nicht mehr in der Satzung geregelt sein. Zur Klarstellung kann sich eine entsprechende Bestimmung aber empfehlen (Rz. 15).

c) Berufsrechtliche Anforderungen an den Gesellschaftsvertrag/ die Satzung

Die vier berufsrechtlichen **Mindestanforderungen** an die Satzung der Anwalts-GmbH, die vom Schrifttum³ und vom BayObLG⁴ aufgestellt worden waren, nämlich (1) die Beschränkung des Kreises der Gesellschafter und Geschäftsführer auf Rechtsanwälte und die gem. § 59a BRAO soziätätfähigen Berufe⁵, (2) die Weisungsunabhängigkeit der Geschäftsführer und Gesellschafter bei der anwaltlichen Berufsausübung, (3) die Pflicht der Gesellschafter zur aktiven Mitarbeit in der GmbH und damit zugleich das Verbot einer bloßen Kapitalbeteiligung durch Angehörige soziätätfähiger Berufe oder andere Rechtsanwalts-, Steuerberatungs- oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften⁶ sowie (4) der Abschluss einer erhöhten Haftpflichtversicherung, sind

¹ Vgl. Scholz/Winter/Westermann, § 5 GmbHG Rz. 42 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, § 5 GmbHG Rz. 26 ff.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 5 GmbHG Rz. 23.

² Hachenburg/Ulmer, § 2 GmbHG Rz. 8.

³ Vgl. bereits Henssler, JZ 1992, 697 ff.; Henssler, NJW 1993, 2137 ff.; Ahlers, AnwBl. 1995, 3 ff.; Ahlers, AnwBl. 1995, 121 ff.; Koch, AnwBl. 1993, 157; Bakker, AnwBl. 1993, 245 ff.; Sommer, GmbHR 1995, 249 ff. m.w.N.

⁴ BayObLG NJW 1995, 199, 201.

⁵ Bezuglich der an den Gesellschafterkreis einer Rechtsanwaltsgesellschaft zu stellenden Anforderungen vgl. ausführlich Kempter/Kopp, BRAK-Mitt. 1998, 254, 256.

⁶ Das Verbot der Beteiligung von anderen Gesellschaften ergibt sich bereits aus § 59a Abs. 1 S. 1 BRAO, in dessen Katalog Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften nicht aufgeführt sind. Andere Rechtsanwaltsgesellschaften kämen zwar grundsätzlich in Betracht, da sie ebenfalls Mitglieder einer Rechts-

vom Gesetzgeber aufgegriffen worden. Sie gelten selbst dann, wenn sie im Gesellschaftsvertrag nicht wiederholt werden. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieser Kriterien empfiehlt sich die Aufnahme entsprechender deklaratorischer Bestimmungen in die Satzung¹. Das Gleiche gilt für die Mehrheitsfordernisse hinsichtlich der Geschäftsanteile und Stimmrechte.

- 21 Im Gesellschaftsvertrag kann die **freie Abtretbarkeit** der Geschäftsanteile nach § 15 Abs. 1 GmbHG **ausgeschlossen** werden² (siehe unten Rz. 65). Auch wenn bereits die BRAO sicherstellt, dass die Geschäftsanteile nur an soziätäsfähige Personen abgetreten werden können, empfiehlt sich eine Vinkulierung. Das Wesen der Freiberuflichkeit und der Charakter der Rechtsanwaltsgegesellschaft mbH als Berufsausübungsgesellschaft zwingen zu einer **personalistischen Struktur**. Es dürfte regelmäßig im Interesse aller Gesellschafter liegen, die Beteiligung neuer Gesellschafter an der Berufsausübungsgesellschaft an die Zustimmung aller oder einer qualifizierten Mehrheit der Gesellschafter zu binden.
- 22 Weitere denkbare Regelungen des Gesellschaftsvertrages betreffen die Befugnisse der Gesellschafterversammlung gem. § 45 GmbHG. Die Mehrheitsfordernisse bei Gesellschafterbeschlüssen können in der Satzung abweichend von § 47 Abs. 1 GmbHG geregelt werden (siehe unten Rz. 76ff.).³

d) Form des Gesellschaftsvertrages

- 23 Nach § 2 Abs. 1 GmbHG bedarf der Gesellschaftsvertrag der **notariellen Form** und der **Unterzeichnung durch alle Gesellschafter**. Gleichzeitige Anwesenheit aller Gesellschafter beim Notar ist dagegen nicht erforderlich⁴. Es reicht aus, dass jeder Gesellschafter eine Niederschrift unterzeichnet und alle Einzelprotokolle ein geschlossenes Vertragswerk bilden. Beurkundungen durch einen ausländischen Notar sind nach der Rechtssprechung⁵ zulässig, sofern der ausländische Notar dem deutschen nach Ausbildung, Auswahl und Stellung gleichwertig ist. Beurkundungspflichtig ist der gesamte Inhalt des Gesellschaftsvertrages, also der notwendige (§ 3 Abs. 1 GmbHG) und der fakultative (§ 3 Abs. 2 GmbHG), soweit ihm Satzungscharakter zukommen soll.

anwaltskammer sind (vgl. § 59a Abs. 1 S. 1 BRAO). Es dürfte aber an der aktiven beruflichen Tätigkeit i.S.v. § 59e Abs. 1 S. 2 BRAO fehlen. So auch Feuerich/Weyland/Feuerich, § 59e BRAO Rz. 1; a.A. Zuck, Anwalts-GmbH, § 59e BRAO Rz. 4, der eine Sozietät als Gesellschafter der Rechtsanwaltsgegesellschaft für zulässig erachtet (dazu unten Rz. 60f.).

1 Hierzu Kempter/Kopp, BRAK-Mitt. 1998, 254, 255.

2 Dazu Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 15 GmbHG Rz. 37 m.w.N.

3 Dazu Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 GmbHG Rz. 24.

4 Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 2 GmbHG Rz. 15; Scholz/Emmerich, § 2 GmbHG Rz. 23.

5 BGHZ 80, 76 = NJW 1981, 1160; LG Köln DB 1989, 2214; LG Nürnberg WM 1992, 950; zur aktuellen Entwicklung vgl. Mankowski, NZG 2010, 201.

Das MoMiG hat in § 2 Abs. 1a GmbHG ein **vereinfachtes Gründungsverfahren** eingeführt. Es genügt eine schriftliche Auffassung des Gesellschaftsvertrages verbunden mit einer öffentlichen Beglaubigung der Unterschriften der Gesellschafter, wenn die Gesellschaft höchstens drei Gesellschafter und nur einen Geschäftsführer hat und der dem Gesetz als Anlage beigelegte Mustervertrag verwendet wird¹. Das Muster enthält in nur sieben Paragraphen Vereinbarungen zur Firma, zum Sitz, zum Unternehmensgegenstand, zum Stammkapital, zu den Geschäftsanteilen, zur Vertretung und zur Taugung des Gründungsaufwandes. Außer durch Einfügungen in die offenen Felder dürfen am Muster keine Änderungen vorgenommen werden, wenn die Gründer an dem vereinfachten Verfahren teilnehmen wollen. Ausgeschlossen ist unter anderem eine Sachgründung unter Verwendung des Musterprotokolls, weil dort nur eine Einlage in Geld vorgesehen ist. Bei der Gründung einer Rechtsanwalts gesellschaft mbH erscheint es ratsam, durch Satzungsregelung die Interessen der Gesellschafter und die berufsrechtlichen Besonderheiten in Einklang zu bringen (insbesondere: Vinkulierung). Die Gründung einer Rechtsanwalts gesellschaft mbH im vereinfachten Verfahren ist daher in aller Regel nicht zweckmäßig².

e) Vertragsmängel/fehlerhafte Gesellschaft

Beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages der GmbH können – wie bei jedem anderen Rechtsgeschäft – Mängel auftreten. Denkbar sind Formmängel des Gesellschaftsvertrages, Mängel der Vollmacht zur Vertretung beim Errichtungsgeschäft, Sittenwidrigkeit wegen unzulässigen Gesellschaftszwecks, Mängel des gesetzlichen Inhalts des Gesellschaftsvertrages, Anfechtung wegen Irrtums etc. Nach der heute herrschenden **Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft**³ sind die allgemeinen Vorschriften des BGB über die Geltendmachung von Willensmängeln und die Rechtsfolgen einer Nichtigkeit von Rechtsgeschäften auf Gesellschaftsverträge von Kapitalgesellschaften nur sehr eingeschränkt anwendbar.

Ist die Gesellschaft nach Vertragsschluss weder in Vollzug gesetzt noch ins Handelsregister eingetragen, so bleibt es bei der Anwendbarkeit der bürgerlich-rechtlichen Regeln⁴. Sobald die Gesellschaft aber in **Vollzug gesetzt oder eingetragen** wurde, ist eine Rückabwicklung aus Gründen der Verkehrssicherheit im Interesse der Gesellschafter und Gläubiger generell ausgeschlossen⁵. Die Eintragung ins Handelsregister führt zur wirksamen Entstehung der GmbH. Formmängel des Gesellschaftsvertrages oder einer Voll-

1 BT-Drucks. 16/6140, 27.

2 Kritisch zum vereinfachten Verfahren auch für nichtanwaltliche Gesellschaften Ries, AnwBl. 2008, 695.

3 BGHZ 13, 320; BGHZ 55, 5, 8 = NJW 1971, 375, 376f.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 2 GmbHG Rz. 33ff.; Scholz/Emmerich, § 2 GmbHG Rz. 62ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 6 I 1, S. 136ff.

4 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 2 GmbHG Rz. 34.

5 BGHZ 13, 320, 324; Hachenburg/Ulmer, § 2 GmbHG Rz. 25, 92; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 2 GmbHG Rz. 24; Scholz/Emmerich, § 2 GmbHG Rz. 64.

macht werden geheilt¹. Auch die Geltendmachung sonstiger Mängel des Gesellschaftsvertrages ist weitgehend ausgeschlossen. Nichtigkeit tritt nur in den Fällen des § 75 GmbHG ein. Die Nichtigkeit ist durch Klage geltend zu machen. Erst mit Rechtskraft des rechtsgestaltenden Nichtigkeitsurteils ist die GmbH aufgelöst.

- 27 Fehlt die **erforderliche berufsrechtliche Zulassung** der Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, so beeinträchtigt dies die Wirksamkeit einer gleichwohl erfolgten Eintragung nicht. Dies entsprach schon vor der Aufhebung des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG a.F. durch das MoMiG² der h.M. Seit der Neuregelung ist bei genehmigungsbedürftigen Unternehmensgegenständen die Vorlage einer staatlichen Genehmigung generell keine Eintragungsvoraussetzung mehr. Wird die Zulassung allerdings auch nachträglich nicht erteilt, stellt dies einen Auflösungsgrund nach § 61 GmbHG dar. Der genehmigungsbedürftige Gesellschaftszweck kann ohne berufsrechtliche Zulassung nicht erreicht werden³. Entsprechendes gilt bei der Beteiligung eines nicht zugelassenen Rechtsanwalts.

3. Kapitalaufbringung

a) Stammkapital und Stammeinlagen

- 28 Die BRAO enthält keine ausdrücklichen Vorgaben für die Höhe des Stammkapitals. Einschlägig sind damit die Vorschriften der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 5, 5a, 7 GmbHG, so dass auch in der Rechtsanwaltsgeellschaft mbH ein Mindestkapital von **25 000 Euro** (§ 5 Abs. 1 GmbHG) aufzubringen ist. Eine Rechtsanwaltsgeellschaft in Form der UG kann mit einem Stammkapital von **einem Euro** gegründet werden. Jeder der Gründer muss mit seiner Beitreterklärung einen Geschäftsanteil und damit die Verpflichtung zu einer Leistung an die GmbH übernehmen. Die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile hat das gesamte Stammkapital abzudecken (§ 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG). Der Mindestbetrag jedes Nennbetrags eines Geschäftsanteils beläuft sich nach der zwingenden Vorschrift des § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG auf **einen Euro**. Die Stammeinlagen können bei der regulären GmbH gem. § 5 GmbHG entweder in Geld oder durch Sacheinlagen erbracht werden. Unabhängig davon, ob die Stammeinlage in bar, in Sachwerten oder als gemischte Einlage erbracht wird, muss sie stets in einem Geldbetrag in Euro ausgedrückt sein. Für die UG gilt nach § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG ein Verbot von Sacheinlagen.

b) Bareinlagen

- 29 Den gesetzlichen Regelfall, von dem mangels anderer Bestimmung im Gesellschaftsvertrag auszugehen ist, bildet die Bareinlage. Erst wenn auf jede

1 BGHZ 21, 378, 383; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 2 GmbHG Rz. 25; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 2 GmbHG Rz. 36.

2 Siehe die 1. Aufl. bei E Rz. 23.

3 Feuerich/Weyland/Feuerich, § 59g BRAO Rz. 6.

Bareinlage ein Viertel eingezahlt ist, darf die Anmeldung zum Handelsregister erfolgen (§ 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Die Summe der Bareinzahlungen zuzüglich des Gesamtbetrages der Sacheinlagen muss die Hälfte des Mindeststammkapitals erreichen (§ 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Abweichend von § 7 Abs. 2 GmbHG darf die Eintragung einer UG erst dann erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt ist. Dies erklärt sich daraus, dass ihre Gründer selbst über die Höhe des Stammkapitals bestimmen.

c) Sacheinlagen

Sacheinlagen können sich auf alle vermögenswerten Gegenstände, die verkehrsfähig sind, beziehen¹. Denkbar ist auch die Verrechnung einer Vergütung für die Überlassung von Vermögensgegenständen mit dem Stamm einlagenbetrag (§ 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Neben der Einbringung eines Grundstücks kommt etwa die eines Unternehmens oder sonstiger für die zukünftige GmbH bedeutsamer Rechte in Betracht. Keine zulässige Sacheinlage ist dagegen auch seit der Neufassung des § 19 Abs. 5 GmbHG durch das MoMiG² die Begründung einer Forderung gegen einen anderen einlage pflichtigen Gesellschafter³. Wegen der Gefahren für die Gesellschaft und ihre Gläubiger, die mit einer Sacheinlage aufgrund der Bewertungsschwierigkeiten verbunden sind, muss die Satzung Angaben über die Sacheinlage ent halten (§§ 5 Abs. 4 S. 1, 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Ein Sachgründungsbericht muss erstellt werden (§ 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG), in dem die Angemessenheit der Bewertung der Sacheinlagen darzulegen ist. Der Registerrichter hat besondere Prüfungspflichten zu beachten (§ 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG). Wird ein Unternehmen eingebracht, so müssen grundsätzlich die Jahresergebnisse der beiden letzten Geschäftsjahre angegeben werden (§ 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Bei den vorliegend für eine Einbringung in Betracht kommenden freiberuflichen Unternehmen (Einzelkanzlei, Sozietät) wird allerdings kein nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung ermittelter Jahresüberschuss i.S.v. § 275 HGB⁴ vorhanden sein, da vor der Gründung der GmbH regelmäßig mangels Bilanzierungspflicht nur eine Einnahmen-/Ausgaben-/Überschussrechnung durchgeführt worden sein wird. Hier muss dementsprechend die Aufnahme dieses Zahlenwerkes in den Sachgründungsbericht genügen.

Die BRAO kennt keine Abweichung von diesen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen. Da die Mandanteninteressen hinreichend durch die erhöhte Berufshaftpflichtversicherung gesichert werden, fehlt es an einem Bedarf für eine Sonderregelung. Bei einer Rechtsanwaltsgeellschaft mbH sind als Sacheinlagen denkbar: die **Einbringung einer Sozietät mit allen Aktiva und**

1 Hachenburg/Ulmer, § 5 GmbHG Rz. 30ff.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 5 GmbHG Rz. 23 jeweils mit umfangreichen w.N.

2 Bormann/Kauka/Ockelmann/Bormann, Hdb. GmbHR, Kap. 4 Rz. 143.

3 Scholz/Winter/Westermann, § 5 GmbHG Rz. 49; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 5 GmbHG Rz. 14.

4 Zu dieser Regelvoraussetzung Scholz/Winter/H. P. Westermann, § 5 GmbHG Rz. 105; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 5 GmbHG Rz. 33.

Passiva (einschließlich des Mandantenstammes), der Büroräume und/oder der Büroeinrichtung zu Eigentum oder zur Nutzung, der Computerausstattung, der Bibliothek o.Ä.

- 32 In der praktischen Durchführung der Sachgründung durch Einbringung eines freiberuflichen Unternehmens ergeben sich gleichwohl eine Reihe von Schwierigkeiten. Die Sacheinlage muss zum Zeitpunkt der Registeranmeldung bereits zur freien Verfügung des anmeldenden Geschäftsführers geleistet worden sein (§ 7 Abs. 3 GmbHG). Das bedeutet, dass die Einbringung des Unternehmens vollständig vollzogen sein muss¹. Werden alle GbR-Beteiligungen auf die (Vor-)GmbH übertragen, so führt dies zum Erlöschen der Sozietät (siehe unten Rz. 39). Die Vor-GmbH darf aber ihrerseits ohne Zulassung noch nicht anwaltlich tätig werden, so dass ein seltsames Vakuum bis zur endgültigen Zulassung entsteht. In der Praxis wird man sich angeichts der bewussten Zulassung der Sachgründung durch den Gesetzgeber behelfen müssen, indem man im Übergangsstadium bis zur Zulassung der eingetragenen Rechtsanwaltsgegesellschaft mbH ein Auftreten der Anwaltsgegesellschaft als GbR gestattet. Im Gesellschaftsrecht wird derzeit verscheidentlich das Dogma von der Unzulässigkeit der Einmann-Personengesellschaft in Frage gestellt². Ein weiterer denkbarer Ausweg ist die Durchführung einer Bargründung mit dem Mindeststammkapital von 25 000 Euro und die anschließende Kapitalerhöhung über eine Sacheinlage, wobei der Betrag der Kapitalerhöhung zur Vermeidung von Haftungsrisiken niedrig gewählt (Beispiel: 100 Euro) und der restliche Unternehmenswert in die Kapitalrücklagen eingestellt werden kann. Vermieden werden sollte der Vorwurf einer Umgehung der Sacheinlagevorschriften durch Rückzahlung der Bareinlage an die Gesellschafter anlässlich der Einbringung der Sozietät³.
- 33 Schwierigkeiten kann die Bewertung der eingebrachten Kanzlei bereiten. Während eine Überbewertung unzulässig ist, steht einer einvernehmlichen Unterbewertung nichts entgegen. Zulässig ist es daher, die Praxis zu – unter den Verkehrswerten liegenden – Buchwerten einzubringen, die Differenz zum Verkehrswert muss in diesem Fall nicht in die Kapitalrücklagen eingestellt werden⁴.

d) Leistungsstörungen bei Sachgründungen

- 34 Bei Einbringung einer Anwaltskanzlei stellt sich auch in der Rechtsanwaltsgegesellschaft mbH das Problem eventueller Sach- und Rechtsmängel sowie

1 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 5 GmbHG Rz. 31.

2 Dazu Wiedemann, FS Zöllner, 1999, S. 635 ff.

3 Auch wenn verdeckte Sacheinlagen seit der MoMiG-Reform nicht mehr wichtig sind, sondern auf die fortbestehende Bareinlagepflicht des Gesellschafters ange rechnet werden (§ 19 Abs. 4 GmbHG), bleibt dennoch ein „Sanktionsgefälle“ insoweit erhalten, als im Fall der verdeckten Sacheinlage der Einleger die Beweislast für die Vollwertigkeit seiner Leistung trägt; BT-Drucks. 16/6140, 40.

4 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, § 5 GmbHG Rz. 81; Scholz/H. Winter/H.P. Westermann, § 5 GmbHG Rz. 56; a.A. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 5 GmbHG Rz. 27; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 5 GmbHG Rz. 33.

sonstiger Leistungsstörungen, die sich auf die Sacheinlage beziehen. Ein eigenständiges Gewährleistungsrecht kennt das GmbHG nicht. Auf die allgemeinen Vorschriften des BGB kann wegen des besonderen Rechtscharakters der Einlage als Leistung auf das Eigenkapital der Gesellschaft und aus Gründen des Gläubigerschutzes nur eingeschränkt zurückgegriffen werden. Bei der Beurteilung sind namentlich die Grundsätze des Bestandsschutzes der GmbH, der Sicherung der Kapitalaufbringung und die Funktion der Sacheinlagevereinbarung (vgl. § 19 Abs. 2 GmbHG) zu beachten. Besonderheiten für Rechtsanwaltsgesellschaften bestehen nicht.

Ist die Erfüllung der **Sacheinlageverpflichtung anfänglich unmöglich**, so wird der Gesellschafter nach § 275 BGB von seiner Verpflichtung zur Sacheinbringung frei. An ihre Stelle tritt die subsidiär bestehende **Geldleistungspflicht**, ohne dass es auf die weiteren Voraussetzungen des § 311a Abs. 1 BGB ankommt¹. Hat der Einlageschuldner die Unmöglichkeit zu vertreten, kann die Gesellschaft nach § 311a Abs. 2 BGB Schadensersatz verlangen². Ist die Sacheinlageverpflichtung nachträglich unmöglich geworden, gilt ebenfalls die subsidiäre Geldeinlagepflicht. Im Falle des Vertretenemüssens steht der Gesellschaft ein **Schadensersatzanspruch** entsprechend §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB zu, der mindestens den Nennbetrag der Stammeinlage erreichen muss³. Die Gesellschaft hat außerdem ein Rücktrittsrecht nach §§ 323, 326 Abs. 5 BGB, das jedoch nur die Sacheinlagevereinbarung und nicht die Übernahme des Geschäftsanteils oder die subsidiäre Bareinlagepflicht erfasst⁴.

Sacheinlagen sind vollständig vor der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister zu leisten (§ 7 Abs. 3 GmbHG). Kommt der Gesellschafter mit der Leistung der Sacheinlage in **Verzug**, kann die Gesellschaft nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB an der Sachleistung festhalten und Ersatz des Verzugsschadens verlangen⁵ oder nach erfolgloser Nachfristsetzung die verspätete Sachleistung ablehnen und sowohl den subsidiären Anspruch auf Geldleistung als auch einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend machen⁶.

Bei **Rechts-** und **Sachmängeln** sind die Bestimmungen des Kaufrechts über die Gewährleistung (§§ 434 ff., 453 BGB) insoweit anwendbar, als die Besonderheiten des Sacheinlagevertrages und der mitgliedschaftlichen Ein-

1 BGHZ 45, 338, 345; Hachenburg/*Ulmer*, § 5 GmbHG Rz. 88; Baumbach/*Hueck/Hueck/Fastrich*, § 5 GmbHG Rz. 38; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schmidt-Leithoff*, § 5 GmbHG Rz. 40; Scholz/*Winter/Westermann*, § 5 GmbHG Rz. 63.

2 Baumbach/*Hueck/Hueck/Fastrich*, § 5 GmbHG Rz. 38.

3 Hachenburg/*Ulmer*, § 5 GmbHG Rz. 88; Baumbach/*Hueck/Hueck/Fastrich*, § 5 GmbHG Rz. 38; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schmidt-Leithoff*, § 5 GmbHG Rz. 40.

4 Baumbach/*Hueck/Hueck/Fastrich*, § 5 GmbHG Rz. 38.

5 Hachenburg/*Ulmer*, § 5 GmbHG Rz. 89; Scholz/*Winter/Westermann*, § 5 GmbHG Rz. 65.

6 Hachenburg/*Ulmer*, § 5 GmbHG Rz. 89; Baumbach/*Hueck/Hueck/Fastrich*, § 5 GmbHG Rz. 38; Scholz/*Winter/Westermann*, § 5 GmbHG Rz. 65.

35

36

37

lagepflicht dem nicht entgegenstehen¹. Die Gesellschaft ist nicht auf den Geldleistungsanspruch beschränkt, sondern kann außerdem in entsprechender Anwendung der §§ 437 Nr. 1, 439 BGB Nacherfüllung und nach §§ 434, 437 Nr. 3, 280ff., 311a BGB Schadensersatz verlangen. Bleibt die Zahlung aus, kann die Gesellschaft den Anteil kaduzieren und die Mitgesellschafter im Wege der Ausfallhaftung (§ 24 GmbHG) in Anspruch nehmen. Auch der **Rücktritt** wird heute für zulässig erachtet² mit der Modifikation, dass statt der Sacheinlage eine Geldeinlage in Höhe des festgesetzten Einlagewertes zu leisten ist und die mangelhafte Sache nur gegen vollständige Erfüllung dieser Geldeinlagepflicht zurückgewährt werden darf³. Im Fall der **Minderung** bezieht sich die Geldleistungspflicht auf den nach § 441 Abs. 3 BGB zu errechnenden Minderungsbetrag⁴.

4. Gründung durch Umwandlung

a) Umwandlung einer Anwaltssozietät in eine Rechtsanwalts- gesellschaft mbH

- 38 Eine in der Praxis häufige Gründungsform ist die Umwandlung einer bereits bestehenden Sozietät in eine Rechtsanwaltsgeellschaft. Bedauerlicherweise sieht das UmwG in seiner aktuellen Fassung keine Regelung dieser Gründungskonstellation vor. Da die GbR keine Personenhandelsgesellschaft (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) ist, kommt wegen des abschließenden Charakters des UmwG⁵ eine Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft nach § 214 UmwG nicht in Betracht. Eine direkte Vermögensübertragung im Wege der Universalsukzession ist damit nicht möglich. Entweder die GbR-Beteiligungen oder die Vermögensgegenstände der GbR sind einzeln auf die Kapitalgesellschaft zu übertragen. Separat hiervon ist die **Überleitung** der **Mandate** zu beurteilen. Die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit der GmbH bedarf jeweils der **Zustimmung des Mandanten**. Seit der Aufhebung des Verbots von Sternsozietäten mit Wirkung zum 17.12.2007 besteht allerdings die Möglichkeit, die bisherige Gesellschaft zumindest für eine gewisse Zeit parallel zur Rechtsanwaltsgeellschaft mbH weiterzuführen, um die Mandate der nicht zustimmungswilligen Vertragspartner abzuwickeln. Früher schied diese Möglichkeit aufgrund § 59e Abs. 2 BRAO a.F. aus, da die Vorschrift es den Gesellschaftern einer Rechtsanwaltsgeellschaft mbH verbot, ihren in der Rechtsanwaltsgeellschaft mbH ausgeübten Beruf in einem

1 BGHZ 45, 338, 345; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 5 GmbHG Rz. 39; Scholz/Winter/Westermann, § 5 GmbHG Rz. 66; a.A. Hachenburg/Ulmer, § 5 GmbHG Rz. 81, 90.

2 BGHZ 45, 338, 345; Scholz/Winter/Westermann, § 5 GmbHG Rz. 66; a.A. Hachenburg/Ulmer, § 5 GmbHG Rz. 95.

3 Baumbach/Hueck/Fastrich, § 5 GmbHG Rz. 39; Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 5 GmbHG Rz. 41.

4 Scholz/Winter/Westermann, § 5 GmbHG Rz. 67.

5 Semler/Stengel/Schlitt, § 214 UmwG Rz. 14; Kallmeyer/Dirksen, § 214 UmwG Rz. 4; Lutter/Joost, § 214 UmwG Rz. 4; Goutier/Knopf/Tulloch/Laumann, § 214 UmwG Rz. 8.

weiteren beruflichen Zusammenschluss auszuüben. Heute können sich jedoch aus dem Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 43a Abs. 4 BRAO, § 3 BORA) weiterhin Tätigkeitshindernisse ergeben (M Rz. 109 ff.).

Werden alle GbR-Beteiligungen in die Rechtsanwaltsgeellschaft mbH eingebraucht, so führt dies automatisch zum **Erlöschen der GbR**¹. Die Übernahme der Gesellschafterstellung durch die GmbH ist nach § 59a Abs. 1 BRAO unzulässig. Werden dagegen nicht die einzelnen Beteiligungen eingebraucht, sondern das Vermögen der GbR, so bleibt diese bestehen. Die GmbH-Anteile würden in diesem Fall zu Gesamthandsvermögen², eine Konstellation, die zwar den Gesetzesmaterialien³ zu §§ 59c ff. BRAO zufolge ebenfalls nicht zulässig sein soll, heute aber allgemein als unbedenklich angesehen wird⁴.

39

b) Gründung durch Umwandlung einer Partnerschaftsgesellschaft in eine GmbH

Soll der Weg über eine Universalkzession genutzt werden, so kann die GbR zunächst im Wege des identitätswahren Rechtsformwechsels in eine Partnerschaft⁵ und sodann in eine Rechtsanwaltsgeellschaft mbH umgewandelt werden.

40

Die Umwandlung einer **Partnerschaftsgesellschaft** in eine Kapitalgesellschaft ist seit dem 1. 8. 1998 durch das zeitgleich mit der Regelung der Rechtsanwaltsgeellschaft mbH beschlossene „Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes und anderer Gesetze“⁶ ermöglicht worden. Denkbar ist – allerdings unter den einschränkenden Voraussetzungen der §§ 45a–e UmwG – eine **Verschmelzung**, bei der eine oder mehrere Partnerschaftsgesellschaften unter Auflösung ohne Abwicklung ihr Vermögen als Ganzes auf eine GmbH übertragen, die schon besteht oder dadurch neu gegründet wird (§ 2 UmwG). An der Verschmelzung können die Partnerschaftsgesellschaft gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG und die GmbH gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG als übertragender, übernehmender oder neuer Rechtsträger beteiligt sein.

41

Aufgrund der generellen Verweisung in § 124 UmwG ist die Partnerschaftsgesellschaft auch für **Spaltungen** nach § 123 UmwG (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung) ein geeigneter Rechtsträger und kann nach § 191 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 2 UmwG einen **Formwechsel** gem. § 190 UmwG vornehmen. Für den speziellen Fall der Umwandlung einer Rechtsanwalts-Partnerschaft in eine Rechtsanwaltsgeellschaft mbH wird allerdings nur eine Abspaltung, dagegen keine Ausgliederung in Betracht kommen. Bei

42

1 Dazu *Schwendhelm*, Die Unternehmensumwandlung, 6. Aufl. 2008, Rz. 509.

2 BGHZ 78, 311 = NJW 1981, 682; Scholz/Emmerich, § 2 GmbHG Rz. 52.

3 BT-Drucks. 13/9820, 14.

4 Einzelheiten unter Rz. 60f.

5 Dazu *Henssler*, § 7 PartGG Rz. 46; *Seibert*, DB 1994, 2381, 2382; *Sommer*, NJW 1998, 3549.

6 BGBI. I, 1878; dazu *Neye*, ZAP 1998, 989 ff. = Fach 15, S. 257 ff.

wert erscheint es, das online verfügbare Rechtsanwaltsregister gemäß § 31 BRAO zu einem Berufsausübungsgemeinschaftsregister (Rz. 59) auszubauen und eine Suche nicht nur nach den Namen der einzelnen Anwälte, sondern auch nach den Namen der Sozietäten zu ermöglichen.

199 **Angestellte oder als freie Mitarbeiter tätige Rechtsanwälte** können auf den Briefbogen aufgenommen werden, eine Pflicht hierzu besteht aber grundsätzlich nicht. Etwas anderes gilt nach § 10 Abs. 2 S. 2 BORA nur dann, wenn ihre Namen Bestandteil der Kurzbezeichnung gemäß § 9 BORA sind. § 10 Abs. 2 S. 3 BORA verlangt zudem, dass mindestens eine der Kurzbezeichnung entsprechende Zahl von Gesellschaftern, Angestellten oder freien Mitarbeitern auf den Briefbögen namentlich aufgeführt werden. Dieses Benennungsgebot steht nach zwei jüngeren Entscheidungen des BVerfG in Einklang mit Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG¹. Sofern mit einer Kurzbezeichnung eine Aussage über die Anzahl der in der Kanzlei aktiv tätigen Rechtsanwälte verbunden sei, biete die Norm den Rechtsuchenden auch insoweit Transparenz, als ihnen die namentliche Benennung der Berufsträger die Kontrolle ermögliche, ob die Kanzlei tatsächlich die durch die Kurzbezeichnung suggerierte Größe aufweise, und ihnen so die Haftungssituation erkennbar mache² (siehe bereits Rz. 197). Heißt es in der Kurzbezeichnung einer Anwaltskanzlei „Rechtsanwälte A, B & Kollegen“, muss der Rechtsverkehr davon ausgehen, dass sich neben den beiden namentlich genannten Rechtsanwälten mindestens zwei weitere „Kollegen“ zu gemeinschaftlicher Berufsausübung verbunden haben und dass deshalb auf dem Kanzleibriefbogen insgesamt mindestens vier in der Kanzlei tätige Rechtsanwälte namentlich aufgeführt werden müssen³.

200 Bei beruflicher Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Berufe (gemeint sind Angehörige soziätätsfähiger Berufe i.S.d. § 59a Abs. 1 BRAO) sind nach § 10 Abs. 3 BORA die jeweiligen Berufsbezeichnungen anzugeben⁴. Dadurch soll eine eindeutige Zuordnung der in der Berufsausübungsgemeinschaft vorhandenen Qualifikationen zu den einzelnen Berufsträgern gewährleistet werden⁵. So ist nach einer Entscheidung des BGH die in der Mitte des Briefkopfs einer Sozietät von Rechtsanwälten platzierte Kanzleibezeichnung „Anwalts- und Steuerkanzlei“ – isoliert betrachtet – grundsätzlich geeignet, bei einem nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise den unzutreffenden Eindruck zu erwecken, es handele sich um eine Kanzlei, in der neben Rechtsanwälten auch Steuerberater tätig seien (siehe bereits

1 BVerfG NJW 2008, 502f.; BVerfG NJW 2009, 2587f.; a.A. Kleine-Cosack, § 10 BORA Rz. 9ff.

2 BVerfG NJW 2009, 2587.

3 BGH NJW 2007, 3349f.; verfassungsrechtlich nicht beanstandet von BVerfG NJW 2008, 502.

4 Nach Gaier/Wolf/Göcken/Bormann, § 59a BRAO/§ 10 BORA Rz. 127, und Hartung/Römermann/Römermann, § 10 Rz. 55, soll die Regelung – was wenig überzeugend ist (vgl. insoweit zur Anwendbarkeit des § 33 BORA Rz. 10f.) – auch auf **Bürogemeinschaften** und **Kooperationen** Anwendung finden.

5 Gaier/Wolf/Göcken/Bormann, § 59a BRAO/§ 10 BORA Rz. 127.

Rz. 183). Diese Eignung zur Irreführung könne jedoch dadurch beseitigt werden, dass am rechten Rand des Briefkopfs die Kanzleimitglieder und ihre berufliche Qualifikation aufgelistet seien¹.

Ausgeschiedene Kanzleiinhaber, Gesellschafter, Angestellte oder freie Mitarbeiter können auf den Briefbögen nur weitergeführt werden, wenn ihr Ausscheiden kenntlich gemacht wird. Durch diese Regelung des § 10 Abs. 4 BORA soll vermieden werden, dass beim rechtsuchenden Publikum der irrite Eindruck entsteht, der genannte Anwalt sei noch in der Kanzlei tätig. Die Kenntlichmachung kann etwa durch die Angabe des Zeitpunkts des Ausscheidens („bis 2008“) oder bei Tod durch ein Kreuz hinter dem Namen erfolgen. Sie ist auch dann erforderlich, wenn der Name nicht in der nach § 9 BORA verwendeten Kurzbezeichnung enthalten ist². Taucht der Name des Gesellschafters zugleich in der **Kurzbezeichnung** auf, wird man zur Vermeidung einer Irreführung des rechtsuchenden Publikums in der Auflistung der Anwälte einen ausdrücklichen Hinweis auf das Ausscheiden dieses Anwalts verlangen müssen und das bloße Weglassen des Namens nicht für ausreichend erachten³. Wie bei § 9 BORA (Rz. 191) kommt eine Namensfortführung auf dem Briefkopf allerdings ohnehin nur in Betracht, wenn der ausgeschiedene Anwalt dem **zugestimmt** hat. Ein legitimes Interesse eines Rechtsanwalts, mit der Tradition seiner Kanzlei und daher auch mit dem Namen früherer Kanzleiinhaber oder -gesellschafter zu werben, ist allerdings nur dann anzuerkennen, wenn eine solche Tradition wirklich besteht, nicht aber dann, wenn es sich bei seiner Kanzlei tatsächlich um eine **Neugründung** handelt⁴.

201

10. Erlaubnis zur Führung der Fachanwaltschaftsbezeichnung (§ 43c BRAO)

Literatur:

Offermann-Burckart, Fachanwalt werden und bleiben, 2. Aufl. 2007.

Fachanwaltsbezeichnungen (§ 43c BRAO) dienen nicht nur der Förderung der Qualität sowie der Information und Orientierung der Rechtsuchenden, sondern auch dem anwaltlichen Marketing⁵. Sozietätsspezifische Probleme beim Erwerb von Fachanwaltschaftsbezeichnungen stellen sich im Grundsatz nicht, da die Erlaubnis, sie zu führen, allein dem einzelnen Anwalt, nicht aber der Sozietät verliehen wird. Geklärt werden muss aber, inwieweit der den Fachanwaltstitel anstrebbende Anwalt seine **praktischen Erfahrungen** im Rahmen von Sozietätsmandaten gewinnen kann. Nach § 5 FAO setzt der Erwerb besonderer praktischer Erfahrungen voraus, dass der Antragsteller in-

202

1 BGH NJW 2001, 3193, 3194f.

2 Gaier/Wolf/Göcken/Bormann, § 59a BRAO/§ 10 BORA Rz. 126.

3 Gaier/Wolf/Göcken/Bormann, § 59a BRAO/§ 10 BORA Rz. 126; a.A. Hessler/Prütting/Prütting, § 10 BORA Rz. 9; Hartung/Römermann/Römermann, § 10 Rz. 75.

4 OLG Stuttgart NJW 2005, 3429f.

5 Hessler/Prütting/Offermann-Burckart, § 43c Rz. 12.

nerhalb der letzten drei Jahre vor der Antragstellung im Fachgebiet als Rechtsanwalt¹ persönlich und weisungsfrei bearbeitet hat. Nach § 6 Abs. 3 FAO sind zur Prüfung der Voraussetzungen nach § 5 FAO Falllisten vorzulegen, die regelmäßig folgende Angaben enthalten müssen: Aktenzeichen, Gegenstand, Zeitraum, Art und Umfang der Tätigkeit, Stand des Verfahrens. Ferner müssen auf Verlangen des Fachausschusses anonymisierte Arbeitsproben vorgelegt werden.

- 203 Die **persönliche Bearbeitung** setzt eine **eigenhändige und eigenständige Tätigkeit** voraus. Der Rechtsanwalt muss also nachweisen, dass er der Sachbearbeiter des Mandats ist. Während dies hinsichtlich der Wahrnehmung von Gerichtsterminen kein größeres Problem darstellt, kann der betroffene Rechtsanwalt vor Schwierigkeiten stehen, wenn er selbst noch nicht zeichnungsberechtigt ist (Rz. 74). Er sollte daher von Anfang an dafür Sorge tragen, dass die von ihm gefertigten Schriftsätze ihm später auch zugeordnet werden können. Hierfür bietet sich das **Aufbringen eines eigenen erkennbaren Diktatzeichens oder eines Bearbeitervermerks** an². Sogar eine entsprechende anwaltliche Versicherung des jeweiligen Sozius wird als ausreichend angesehen³. Nicht genügend ist es jedoch, wenn ein Anwalt weder einen eigenen Schriftsatz anfertigt noch an einer Gerichtsverhandlung teilnimmt, sondern sich seine Tätigkeit auf die Unterstützung der jeweils von seinem Arbeitgeber beauftragten Rechtsanwälte beschränkt. Ein solches Wirken im Hintergrund mag zwar auch zur anwaltlichen Fallbearbeitung gehören, es kann aber einem Rechtsanwalt die in § 5 Abs. 1 FAO geforderte praktische Erfahrung in der unmittelbaren Wahrnehmung der Interessen seiner Mandanten gegenüber ihren Kontrahenten und Behörden oder Gerichten nicht vermitteln⁴.
- 204 An der notwendigen **Weisungsfreiheit** fehlt es regelmäßig nicht, wenn der antragstellende Rechtsanwalt die Fälle ausschließlich als Angestellter einer Sozietät bearbeitet. Dies ist vor dem Hintergrund, dass nach allgemeiner Ansicht der angestellte Rechtsanwalt unabhängig i.S.v. § 43a Abs. 1 BRAO ist (Rz. 71), nur konsequent. Der BGH hat insoweit herausgearbeitet, dass sich die Tätigkeit eines angestellten Anwalts und die hierbei erreichbaren praktischen Erfahrungen grundsätzlich inhaltlich nicht von denen eines selbständigen Rechtsanwalts unterscheiden. Beide hätten die Mandate unabhängig und weisungsfrei zu bearbeiten. Wie der selbständige Rechtsanwalt habe auch der angestellte Rechtsanwalt hierbei nicht die Perspektive seines Arbeitgebers, sondern, was den Rechtsanwaltsberuf präge, die Perspektive des jeweiligen Mandanten einzunehmen. Beide könnten fachliche Schwer-

1 Zu der Frage, inwieweit Tätigkeiten eines **Syndikusanwalts** im Rahmen von § 5 FAO anrechenbar sind, siehe BGH NJW 2003, 883 ff., sowie Gaier/Wolf/Göcken/Zuck, § 5 FAO Rz. 23f.; Hartung/Römermann/Scharmer, § 5 FAO Rz. 255 ff.; Hessler/Prütting/Offermann-Burckart, § 5 FAO Rz. 22 ff.; Offermann-Burckart, Rz. 507 ff.

2 Gaier/Wolf/Göcken/Zuck, § 5 FAO Rz. 26; Hartung/Römermann/Scharmer, § 5 FAO Rz. 249; Offermann-Burckart, Rz. 501.

3 Gaier/Wolf/Göcken/Zuck, § 5 FAO Rz. 26; Hartung/Römermann/Scharmer, § 5 FAO Rz. 249.

4 BGH NJW 2007, 599.

punkte bilden und besondere Expertise in bestimmten Gebieten erwerben¹. Eine weisungsfreie Bearbeitung ist aber verneint worden, wenn Rechtsanwälte innerhalb einer Fallbearbeitung im Wege der Zuarbeit eng umgrenzte Teilaufgaben, zum Beispiel durch wissenschaftliche Gutachten, ohne eigene Entscheidungsbefugnis darüber, wie die von ihnen für den Teilaspekt gefundenen Lösungen in die Mandatsbearbeitung einfließen und welche Rechtsfolgen hieraus für die Lösung des Falles resultieren, behandelten².

Da Sozietäten oftmals gerade wegen ihrer personellen Ressourcen und den daraus folgenden Vorteilen **arbeitsteiligen Zusammenwirkens** mandatiert werden (Rz. 49, 88), stellt sich die weitere Problematik, wie der Beitrag des Fachanwaltskandidaten an dem Gesamtmandat zu gewichten ist, wenn er es nicht vollständig allein bearbeitet. Die Bandbreite der Arbeitsteilung ist dabei weit: So ist denkbar, dass sich der Anwalt im Rahmen einer Krankheits- oder Urlaubsvertretung bei einzelnen Terminen vertreten lässt, möglich ist aber auch die Bearbeitung des gesamten Falls durch ein Team von Rechtsanwälten. Während früher die Auffassung vertreten wurde, dass die Angelegenheit nach den Umständen des Einzelfalls anteilig auf die verschiedenen Bearbeiter verteilt werden müsse, wird es heute grundsätzlich für möglich erachtet, **auch mehreren Anwälten den Fall jeweils vollständig anzurechnen**³.

Insoweit hat der AGH Frankfurt in einer jüngeren Entscheidung ausgeführt, dass bei der gemeinsamen Bearbeitung eines Falls von mehreren Sozietätsanwälten eine vom Faktor „1“ abweichende Gewichtung nach § 5 Abs. 4 FAO nicht in Betracht komme. Die Vorschrift, nach der „Bedeutung, Umfang und Schwierigkeit einzelner Fälle ... zu einer höheren oder niedrigeren Gewichtung führen“ können, spreche nicht die Konstellation an, dass mehrere Anwälte einen Fall gemeinsam bearbeiteten. Denn die „Selbständigkeit“ der Bearbeitung sei ausdrücklich kein Kriterium von § 5 Abs. 4 FAO. Allein entscheidend für die Anrechnung eines Falls sei die Frage, ob der betroffene Rechtsanwalt die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 FAO erfülle, also den Fall „persönlich und weisungsfrei bearbeitet“ habe. Seien diese Voraussetzungen aber zu bejahen, zähle der Fall als Fall und könne jedenfalls nicht deshalb minder gewichtet werden, weil an der Bearbeitung noch andere Anwälte beteiligt gewesen seien⁴.

In diesem Zusammenhang ist auch eine Entscheidung des BGH zu beachten, die sich ausdrücklich jedoch nur zu der nach § 5 Abs. 1 FAO erforderlichen Bearbeitung innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren vor Antragstellung äußert. Nach dem Anwaltssenat kommt es für die Berücksichtigung von Fällen darauf an, ob diese im Drei-Jahres-Zeitraum auf dem rechtlichen Spezialgebiet rechtlich bearbeitet worden sind. Wegen der Formalisierung des Nachweises praktischer Erfahrungen sei es nicht entscheidend, ob auch die **wesentliche Fallbearbeitung** innerhalb des Drei-Jahres-Zeitraums liege. Eine

1 BGH NJW 2006, 1516, 1517f. (zu einem in einer Steuerberatungsgesellschaft angestellten Rechtsanwalt).

2 AGH Frankfurt BRAK-Mitt. 2009, 82, 85.

3 Gaier/Wolf/Göcken/Zuck, § 5 FAO Rz. 26; Offermann-Burckart, Rz. 503 ff.

4 AGH Frankfurt BRAK-Mitt. 2009, 82, 84f.

205

206

207

derartige Einengung ergebe sich im Übrigen weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck der Regelung und führe zu vermeidbaren Abgrenzungsschwierigkeiten. Eine Mindergewichtung der im Drei-Jahres-Zeitraum betreuten Fälle lasse sich deshalb regelmäßig nicht mit der Erwägung rechtfertigen, dass der Fall bereits vor dem Beginn des Drei-Jahres-Zeitraums betreut worden sei. Vielmehr sei es ausreichend, wenn der Rechtsanwalt in dem maßgeblichen Zeitraum den Fall **inhaltlich bearbeitet** habe¹. In personeller Hinsicht dürfte insoweit nichts anderes als in zeitlicher Hinsicht gelten; ausreichend ist die Bearbeitung eines nennenswerten Abschnitts².

- 208 Gehören einer Sozietät ein oder mehrere Fachanwälte an, wollen Sozietäten diese Qualifikationen gerne auch werblich einsetzen. Der BGH hat insoweit die Verwendung des Begriffs „Fachanwälte“ als **Zusatz zu der Kurzbezeichnung einer überörtlichen Anwaltssozietät** auf einem Praxisschild oder Briefkopf gebilligt, sofern eine den Plural recht fertigende Zahl von Sozietätsmitgliedern Fachanwälte seien (siehe bereits Rz. 183). Es müssten dagegen nicht an jedem Standort, an dem der Zusatz verwendet werde, ein oder mehrere Fachanwälte tätig sein. Verwende eine Sozietät in ihrer Kurzbezeichnung eine auf eine Zusatzqualifikation hinweisende Bezeichnung, müsse sie dort, wo die Mitglieder der Sozietät namentlich aufgeführt seien, die (Zusatz-) Qualifikation jedes einzelnen Sozietätsmitglieds benennen³.

11. Pro bono-Rechtsberatung

Literatur:

Bälz/Moelle/Zeidler, Rechtsberatung pro bono publico in Deutschland – eine Bestandsaufnahme, NJW 2008, 3383; Dux, Die pro bono-Tätigkeit des Anwalts und der Zugang zum Recht – Übertragbarkeit eines US-amerikanischen Modells auf Deutschland, 2011; Dux, Anwaltliche pro bono-Tätigkeit in Deutschland: Die Erweiterung des Zugangs zum Recht ist im Einklang mit berufsrechtlichen Vorgaben möglich, AnwBl. 2011, 90; Müller, Pro-Bono-Beratung nach dem neuen Rechtsdienstleistungsgesetz, MDR 2008, 357.

- 209 Unter pro bono-Tätigkeit, die in den USA anders als hierzulande eine lange Tradition hat⁴, wird im Wesentlichen eine kostenlose Rechtsberatung für einen guten Zweck verstanden⁵. In der Praxis sind es insbesondere Großsozietäten, die derartige Mandate übernehmen und ihr Engagement auch nach außen kundzutun. Die unentgeltliche Tätigkeit der Anwaltssozietät steht berufsrechtlich **in einem gewissen Widerspruch zu § 49b Abs. 1 S. 1 BRAO**, nach dem es unzulässig ist, geringere Gebühren und Auslagen zu vereinbaren oder zu fordern, als es das RVG vorsieht, soweit dieses nichts anderes bestimmt. Lediglich im Einzelfall und nach Erledigung des Auftrags darf der

1 BGH NJW 2006, 1513, 1514; siehe auch II. 4. der sog. Berliner Empfehlungen 2006, BRAK-Mitt. 2006, 274, 275.

2 Henssler/Prütting/Offermann-Burckart, § 5 FAO Rz. 19; Offermann-Burckart, Rz. 503f.

3 BGH NJW 2007, 2334, 2335f., im Anschluss an BGH NJW 1994, 2288.

4 Dazu Dux, S. 29ff.

5 Henssler/Prütting/Kilian, § 49b Rz. 31.

Rechtsanwalt gemäß § 49b Abs. 1 S. 2 BRAO besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers, insbesondere dessen Bedürftigkeit, durch Ermäßigung oder Erlass von Gebühren oder Auslagen Rechnung tragen. Während in gerichtlichen Streitigkeiten das RVG die Vereinbarung niedriger Gebühren nicht zulässt, kann nach § 4 Abs. 1 RVG in außergerichtlichen Angelegenheiten eine niedrigere als die gesetzliche Vergütung verabredet werden. Sie muss allerdings in einem angemessenen Verhältnis zu Leistung, Verantwortung und Haftungsrisiko des Rechtsanwalts stehen. Nach dem RVG ist die Vereinbarung unentgeltlicher Anwaltstätigkeit nur im Bereich außergerichtlicher Beratung, Begutachtung und Mediation zulässig. Im Fall außergerichtlicher Vertretung scheitern entsprechende Absprachen am Angemessenheitserfordernis des § 4 Abs. 1 S. 2 RVG. Die pro bono-Rechtsberatung wird zudem durch § 49b Abs. 2 S. 2 BRAO eingeschränkt, nach dem sich der Rechtsanwalt nicht verpflichten darf, Gerichtskosten, Verwaltungskosten oder Kosten anderer Beteiliger zu tragen¹.

Trotz dieser sich aus dem Wortlaut der berufsrechtlichen Normen ergebenen Restriktionen ist in der Praxis die pro bono-Tätigkeit akzeptiert. Dass eine Sozietät ernsthafte Probleme mit den Kammern hat, ist bislang nicht bekannt geworden. Gerichtlich ist – soweit ersichtlich – bislang nur der Fall der **kostenlosen Rechtsberatung für „Hartz IV“-Empfänger²** entschieden (und gebilligt) worden. Gleichwohl sollte der Gesetzgeber die berufsrechtliche Unbedenklichkeit von pro bono-Rechtsberatung bei nächster Gelegenheit positiv klarstellen. Bis dahin wird man das **Verbot der Gebührenunterschreitung** zumindest für den Fall, dass der Auftraggeber ohne die pro bono-Vereinbarung von der Rechtsverfolgung abgehalten würde, **teleologisch zu reduzieren** haben. Denn § 49b Abs. 1 S. 1 BRAO, der die mit dem anwaltlichen Preiswettbewerb einhergehende Gefährdung der Beratungsqualität und die mittelbare Vereinbarung eines Erfolgshonorars im Gerichtsverfahren verhindern soll³, wird in seinem Schutzzweck durch die Vereinbarung von pro bono-Mandanten nicht tangiert. Zum einen besteht bei solchen Mandaten mangels wirtschaftlichen Bezugs keine Gefahr für die Beratungsqualität. Der bloße Imagegewinn stellt jedenfalls so lange keinen notwendigen Marktbezug dar, wie die „kostenlose Beratung“ nicht mit dem Ziel erfolgt, das Erstmandat über die Akquise honorarpflichtiger Folgemandate des Auftraggebers querfinanzieren zu können und damit im Ergebnis nicht unentgeltlich bearbeiten zu müssen⁴. Zum anderen folgt aus der Freigabe der unentgeltlichen Rechtsberatung (für Nichtanwälte) nach § 6 RDG das grundsätzliche Bekennen des Gesetzgebers, die kostenlose Rechtsberatung zu fördern. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber bewusst auf eine Anpassung des § 49b Abs. 1 S. 1 BRAO verzichtet hat und allein das soziale Engagement von Nichtanwälten stärken wollte, sind nicht ersichtlich⁵.

1 Dazu umfassend *Dux*, S. 202 ff.

2 AGH Berlin AnwBl. 2007, 375 f.

3 BT-Drucks. 12/4993, S. 31.

4 Henssler/Prütting/Kilian, § 49b Rz. 31; *Dux*, S. 222 ff.; *Dux*, AnwBl. 2011, 90, 93 f.; Bälz/Moelle/Zeidler, NJW 2008, 3383, 3386 f.

5 *Dux*, S. 238 f.

N. Transnationale Sozietäten

| | Rz. | | Rz. |
|--|-----|---|-----|
| I. Einführung (Kilian) | 1 | d) Anwaltliche Tätigkeit deutscher Rechtsanwälte außerhalb des EWR | 50 |
| II. Berufsausübungsbefugnis (Kilian) | | aa) Vereinigte Staaten von Amerika | 51 |
| 1. Einleitung | 2 | bb) Kanada | 55 |
| 2. Tätigkeit ausländischer Rechtsanwälte in Deutsch- land | 3 | cc) Australien | 58 |
| a) Anwälte aus dem EU-Raum | 4 | dd) Japan | 61 |
| aa) Niedergelassenes Tätigwerden unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung . . . | 4 | ee) Volksrepublik China . | 62 |
| bb) Dienstleistendes Tätig- werden unter der ur- sprünglichen Berufs- bezeichnung | 12 | | |
| cc) Niedergelassenes Tätig- werden unter der deut- schen Berufsbezeich- nung „Rechtsanwalt“ . . | 18 | | |
| b) Anwälte aus GATS- Vertragsstaaten | 23 | | |
| aa) Niedergelassene Tätigkeit | 23 | | |
| bb) Dienstleistende Tätigkeit | 29 | | |
| c) Andere ausländische Anwälte | 31 | | |
| d) Soziétatsbezogene Folge- fragen | 33 | | |
| 3. Tätigkeit deutscher Rechts- anwälte im Ausland | 34 | | |
| a) Einleitung | 34 | | |
| b) Niedergelassene Betätigung im EWR | 35 | | |
| aa) Überblick | 35 | | |
| bb) Niederlassung unter der deutschen Berufs- bezeichnung („regis- trierte europäischer Rechtsanwalt“) | 36 | | |
| cc) Niederlassung unter der Berufsbezeichnung des Aufnahmestaats . . | 39 | | |
| c) Dienstleistende Tätigkeit im EWR | 46 | | |
| | | III. Organisation der transna- tionalen Berufsausübung (Kilian) | |
| | | 1. Einleitung | 63 |
| | | 2. Transnationale Sozietät . . . | 64 |
| | | a) Inlandsbezogene Organisati- onsfragen | 64 |
| | | b) Auslandsbezogene Organi- sationsfragen | 66 |
| | | aa) Zweigniederlassungen im Ausland | 66 |
| | | bb) Fazilitäten im Ausland . | 76 |
| | | c) Außendarstellung | 78 |
| | | 3. Transnationale Kooperation . | 86 |
| | | a) Kooperationsformen | 86 |
| | | b) Rechtsnatur der Kooperation | 90 |
| | | c) Kooperationsvertrag | 91 |
| | | d) Haftungsprobleme in der Kooperation | 92 |
| | | e) Außendarstellung | 96 |
| | | f) Berufsrecht in der Koope- ration | 102 |
| | | g) Kooperationsspezifische CCBE-Standesregeln | 105 |
| | | IV. Zivilrecht (Kilian) | |
| | | 1. Anwaltsvertrag | 110 |
| | | a) Anwendbares Recht | 110 |
| | | b) Reichweite der Vertrags- beziehungen | 113 |
| | | 2. Vergütung | 118 |
| | | a) Tarifgesetz | 118 |
| | | b) Vergütungsvereinbarung . | 123 |
| | | c) Vergütungsklage | 128 |
| | | d) Kostenerstattung | 129 |
| | | aa) Verkehrsanwalt | 129 |
| | | bb) Beweisanwalt | 132 |
| | | cc) Einvernehmensanwalt . | 133 |

| Rz. | Rz. | | |
|---|-----|--|-----|
| dd) Prozessbevollmächtigter | 134 | a) Allgemeines | 229 |
| e) Prozesskostenhilfe | 135 | aa) Die internationale Sozietät | 229 |
| 3. Haftung | 136 | bb) Der Inlandssozizus | 230 |
| a) Haftpflicht | 137 | cc) Der Auslandssozizus | 231 |
| b) Haftungsmaßstab | 141 | b) Besteuerung unter Berücksichtigung von Doppelbesteuerungsabkommen | 233 |
| c) Haftpflichtversicherung | 144 | aa) Allgemeines | 233 |
| V. Berufsrecht (Kilian) | | bb) Begriff der festen Einrichtung (Betriebsstätte) | 234 |
| 1. Anwendbares Berufsrecht | 150 | cc) Zurordnung der freiberuflichen Tätigkeit | 235 |
| a) Auf den deutschen Rechtsanwalt anwendbares Berufsrecht | 151 | c) Internationale Einkünftezuordnung | 236 |
| b) Auf den Nicht-Rechtsanwalt anwendbares Berufsrecht | 154 | d) Gewinnermittlung | 237 |
| 2. CCBE-Standesregeln | 156 | e) Sonderbetriebsausgaben | 238 |
| 3. Kollidierende Berufsrechte | 161 | f) Problem der Gewerblichkeit | 239 |
| VI. Strafrecht (Kilian) | | g) Verfahrensrecht | 240 |
| 1. Inlandstaten ausländischer Anwälte | 163 | 2. Kapitalistische Organisationsform | 241 |
| 2. Auslandstaten deutscher Anwälte | 164 | a) Zweigniederlassung einer inländischen GmbH oder Aktiengesellschaft im Ausland | 241 |
| VII. Verfahrensrecht (Kilian) | | b) Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft im Inland | 242 |
| 1. Verfahrenshandlungen | 165 | 3. EWIV | 243 |
| 2. Kostenerstattung | 167 | 4. Umsatzsteuer | 244 |
| 3. Prozesskostenhilfe | 168 | 5. BMF-Schreiben (Entwurf) | 257 |
| VIII. Steuerrecht (Streck) | | | |
| 1. Internationale Sozietät nach deutschem Ertragsteuerrecht | 229 | | |

I. Einführung

- 1 In diesem Kapitel werden Rechtsfragen behandelt, die sich aus der grenzüberschreitenden, transnationalen Tätigkeit einer Sozietät ergeben können. Das transnationale Moment kann auf den verschiedensten Anknüpfungen beruhen, so dass Schlagworte wie „transnationale“, „grenzüberschreitende“ oder „internationale“ Sozietät wenig mehr als **Sammelbegriffe** für ein rechtsstatisches Phänomen sind, das vielfältige rechtliche Verästelungen aufweist. „Transnational“ kann eine Sozietät etwa deshalb sein, weil in ihr Rechtsanwälte tätig sind, die ihre Berufsqualifikation in einem anderen Staat als dem ihrer beruflichen Niederlassung erworben haben und unter Ausnutzung europarechtlich oder völkerrechtlich gewährter Betätigungsmöglichkeiten beruflich migriert sind. „Grenzüberschreitend“ kann eine Tätigkeit aber auch bereits deshalb sein, weil eine Sozietät vorübergehend Rechtsdienstleistungen in einem anderen Staat erbringt, z.B. dort Gerichtstermine wahrnimmt, oder auch nur ausländische Mandanten betreut. „International“

kann eine Sozietät sein, weil sie im Ausland Zweigniederlassungen begründet oder eine verfestigte Kooperation mit einer ausländischen Kanzlei eingeht. Zu unterscheiden sind diese Aspekte grenzüberschreitender *Tätigkeit* von Fragen der *Organisation* der Berufsausübung in einer Gesellschaftsform des ausländischen Rechts, denen im Kapitel G nachgegangen wird. In Deutschland beheimatete Gesellschaften ausländischer Rechtsform sind häufig, nicht aber zwangsläufig transnational tätig.

II. Berufsausübungsbefugnis

Literatur¹:

Abel, Transnational Legal Practice, [1993] 44 Case Western Reserve Law Review, 737; *Barth*, Das allgemeine Abkommen über den internationalen Dienstleistungshandel (GATS), EuZW 1994, 155; *Beckmann*, Zulassung eines deutschen Rechtsanwalts als „Avocat“ in Frankreich, EuZW 1994, 337; *Brangsch*, Grenzüberschreitende Dienstleistung der Anwälte in der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1981, 1177; *Deckert*, EG-Binnenmarkt für rechtsberatende Berufe, IStR 1998, 121; *Dörig*, Der Zugang zur Anwaltschaft nach der EG-Diplomanerkennungsrichtlinie, EuZW 1991, 243; *Errens*, Auswirkungen des GATS-Abkommens auf den Beruf des Rechtsanwalts, EuZW 1994, 460; *Everling*, Niederlassungsrecht und Dienstleistungsfreiheit der Rechtsanwälte in der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1989, 338; *Ewig*, Internationaler Dienstleistungshandel und neue Tätigkeitsfelder für die Anwaltschaft (GATS-Abkommen), NJW 1995, 434; *Ewig*, Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit für Rechtsanwälte in der EU und im EWR, NJW 1999, 248; *Ewig*, Systematik und Auswirkungen des GATT-Welthandelsabkommens auf den Beruf des Rechtsanwalts, BRAK-Mitt. 1994, 205; *Franz*, Neues Niederlassungsrecht für europäische Rechtsanwälte, BB 2000, 989; *Gres*, Keine juristischen Geisterfahrer in der EU, BRAK-Mitt. 1996, 132; *Hessler*, Der lange Weg zur EU-Niederlassungsrichtlinie für die Anwaltschaft, ZEuP 1999, 689; *Hessler*, Der europäische Anwalt, AnwBl. 1996, 353; *Hessler*, Das Berufsbild des europäischen Rechtsanwalts- Harmonisierung durch Deregulierung?, AnwBl. 2004, 458; *Hessler*, Der Richtlinienvorschlag über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, EuZW 2003, 229; *Hessler/Nerlich*, Anwaltstätigkeit in Europa, 1994; *Johanson*, Die Freizügigkeit der freien Berufe in der Europäischen Gemeinschaft, 1986; *Kilian*, Freizügigkeit der Anwälte in der EU, JA 2000, 438; *Kluth/Rieger*, Die neue EU-Berufsanerkennungsrichtlinie- Regelungsgehalt und Auswirkung für Berufsangehörige und Berufsorganisationen, EuZW 2005, 486; *Knöfel*, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, 2006; *Knöfel*, Unerlaubte Rechtsberatung nach Deutschland hinein!, AnwBl. 2007, 264; *Kühling/Müller*, Die Europäische Dienstleistungsrichtlinie: Deregulierungsschub für das Berufsrecht der Rechtsanwälte oder viel Lärm um nichts?, BRAK-Mitt. 2008, 5; *Leibrock*, Die Umsetzung der Hochschuldiplom-Richtlinie in Deutschland, EuZW 1993, 634; *Lörcher*, EG-Niederlassungsrichtlinie für Rechtsanwälte endlich verabschiedet, BRAK-Mitt. 1998, 9; *Lonbay*, Lawyers Bounding Over Borders, [1996] 21 European Law Review, 50; *Mankowski*, Anwendbares Recht beim Mandatsverhältnis einer internationalen Sozietät, AnwBl. 2001, 249; *Man-*

¹ Auf die Wiedergabe von Schrifttum zur europarechtlichen Rechtslage vor Inkrafttreten der Niederlassungsrichtlinie 98/5/EG und des EuRAG wurde verzichtet. Siehe hierzu die umfassenden Nachweise bei *Hessler/Prütting/Schroeder*, Vorbem. § 206.

kowski, Anwaltsvertrag, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 7. Auflage 2009, *Nerlich*, Internationale Kooperationsmöglichkeiten für europäische Rechtsanwälte, 1994, *Nerlich*, Erleichterte Niederlassungsbedingungen für europäische Rechtsanwälte in Sicht, MDR 1996, 874; *Nerlich*, Anwaltssozietäten in Europa, AnwBl. 1994, 529; *Rabe*, Internationales Anwaltsrecht – Dienstleistung und Niederlassung, NJW 1987, 2185; *Rothenbühler*, Freizügigkeit für Rechtsanwälte, 1995; *Rothley/Lehne*, Niederlassungsrichtlinie – Eine notwendige Regelung, BRAK-Mitt. 1996, 131; *Scherer*, Europäisches Niederlassungsrecht für Freiberufler, WiVerw 1987, 159; *Sobotta/Kleinschmittger*, Freizügigkeit für Anwälte in der EU nach der Richtlinie 98/5/EG, EuZW 1998, 645; *Terry*, Cross-Border Legal Practice, [1998] 21 Fordham International Law Review, 1382; *Weber*, Der Vorschlag für eine Richtlinie zur Verbesserung der Niederlassungsbedingungen für Rechtsanwälte im EG-Ausland, DZWiR 1996, 127; *Wilsing*, Gemischte Sozietäten zwischen Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern in Europa, in: Henssler/Nerlich (Hrsg.), Anwaltliche Tätigkeit in Europa, 1994, S. 83.

1. Einleitung

- 2 Zu klärende Ausgangsfrage jeder grenzüberschreitenden Tätigkeit von Rechtsdienstleistern im Allgemeinen und Rechtsanwälten im Besonderen ist die Befugnis zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen in einer anderen Rechtsordnung als jener, in der eine originäre Befugnis, etwa Kraft Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, besteht. Inwieweit es einer solchen Befugnis überhaupt bedarf, hängt von der Reichweite in einer Rechtsordnung bestehender Vorbehaltsaufgaben für einheimische Rechtsanwälte ab. Für eine transnational tätige deutsche Sozietät stellt sich diese Frage in verschiedenen Ausprägungen: Zum einen kann die Absicht bestehen, dass ausländische Rechtsanwälte in der deutschen Sozietät tätig werden. Zum anderen ist denkbar, dass eine deutsche Sozietät mit deutschen Rechtsanwälten im Ausland tätig werden möchte. In beiden Fällen kann die Tätigkeit vorübergehend oder dauerhaft angelegt sein. Für die Sozietät stellt sich zudem die darüber hinausgehende Frage, inwieweit nicht nur der einzelne Sozietsangehörige, sondern auch die unternehmenstragende Gesellschaft als solche grenzüberschreitend tätig sein darf.

2. Tätigkeit ausländischer Rechtsanwälte in Deutschland

- 3 Eine insbesondere von größeren Sozietäten praktizierte Form der Internationalisierung ihrer Tätigkeit ist die Aufnahme von ausländischen Anwälten in die deutsche Kanzlei¹. Außergerichtliche Rechtsdienstleistungen darf in Deutschland nach § 3 RDG nur erbringen, wer hierzu aufgrund des RDG oder anderer Gesetze befugt ist². Gerichtliche Dienstleistungen darf nur erbringen, wem in den Verfahrensrechten eine entsprechende Auftritts-

1 Die Zahl der unter einem ausländischen Anwaltstitel in Deutschland niedergelassenen Rechtsanwälte (§ 2 EuRAG bzw. § 206 BRAO) betrug per 1. 1. 2010, 564, von denen 33 % im Bereich der RAK Frankfurt angesiedelt sind; zur Entwicklung seit 1991 vgl. *Hommerich/Kilian/Dreske* (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 2009/10, S. 194f.

2 Kilian/Sabel/vom Stein/vom Stein, Rz. 18ff.

berechtigung verliehen ist¹. Für Anwälte aus den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum und Staaten, mit denen die EU bilaterale Freizügigkeitsabkommen geschlossen hat, schafft das „**Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland**“ (**EuRAG**)² entsprechende Befugnisse. Das EuRAG setzt u.a. die beiden Niederlassungsfragen der Anwaltschaft erfassenden EU-Richtlinien 2005/36/EG und 98/5/EG um³. Für Anwälte aus anderen Staaten können sich Tätigkeitsmöglichkeiten auf Grundlage des **General Agreement On Trade In Services (GATS)** oder aufgrund bilateraler Gewährleistungen ergeben. Die Befugnisse sind hierbei in Abhängigkeit von ihrer Quelle unterschiedlich ausgestaltet und nicht an identische Voraussetzungen geknüpft.

a) **Anwälte aus dem EU-Raum**⁴

aa) **Niedergelassenes Tätigwerden unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung**

Die Richtlinie 98/5/EG ermöglicht Anwälten mit Anwaltstitel und Staatsangehörigkeit aus dem EU-Raum, unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung (Heimattitel) dauerhaft, d.h. niedergelassen in jedem anderen Mitgliedstaat die gleichen beruflichen Tätigkeiten auszuüben wie die Berufsangehörigen des Aufnahmestaats. Voraussetzung für die Berufsausübung unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung ist, dass die zuwandernden Anwälte sich bei einer zuständigen Stelle des Aufnahmestaats registrieren lassen. Das **EuRAG** bezeichnet diese Anwälte gemäß § 2 Abs. 1 als „**niedergelassene euro-**

4

1 Im Detail Kilian/Sabel/vom Stein/Sabel, Rz. 498 ff.

2 Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Berufsrechts der Rechtsanwälte, BGBl. I 2000, 182 ff. Der Gesetzgeber hat die Notwendigkeit der Implementierung der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie 98/5/EG zum Anlass genommen, die Freizügigkeit von Anwälten aus anderen EU-Mitgliedstaaten, die zuvor in der BRAO, dem RADG und dem EigPrüfG verstreut geregelt waren, in einem Gesetz zu konsolidieren.

3 Richtlinie 98/5/EG v. 16. 2. 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedsstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde (ABL. Nr. L 77 v. 16. 2. 1998, 36 ff.) sowie Richtlinie 2005/36/EG v. 7. 9. 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABL. L 255 v. 30. 9. 2005, 22 ff.). Die Richtlinie 2005/36/EG ist an Stelle der sektoralen Richtlinien in diesem Bereich – darunter die RiLi 89/48/EG v. 21. 12. 1988 („Hochschuldiplomanerkennungsrichtlinie“) – getreten. Umfassend zu primärrechtlichen Fragen der Niederlassungsfreiheit für Anwälte und den Richtlinien 89/48/EG und 98/5/EG Henssler, AnwBl. 1996, 353 ff. bzw. Henssler, ZEuP 1999, 689 ff. sowie zum System der Freizügigkeit für Anwälte in der EU Kilian, JA 2000, 438 ff.

4 Zur Vermeidung sprachlicher Schwerfälligkeit wird im nachfolgenden der Begriff „Anwälte aus dem EU-Raum“ als Sammelbegriff für alle Anwälte aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, den Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum und den Staaten, mit denen die EU bilaterale Freizügigkeitsabkommen geschlossen hat, verwendet.

päische Anwälte“. In Deutschland entspricht der in der Richtlinie vorgesehene Registrierung die Aufnahme in die Rechtsanwaltskammer. Diese kann erfolgen, wenn der Antragsteller gemäß § 3 EuRAG einen aktuellen Nachweis der im Herkunftsstaat zuständigen Stelle über die Zugehörigkeit zum Anwaltsberuf sowie über die Staatsangehörigkeit zu einem EU-Mitglieds- oder EWR-Vertragsstaat erbringt. Herkunftsstaat meint nicht Heimatstaat; Anknüpfungskriterium ist der Staat, in dem die betreffende Person als Rechtsanwalt zugelassen ist und in dem sie – in der Regel – ihre berufliche Qualifikation erworben hat. Auch deutsche Staatsangehörige, die aufgrund des Erwerbs eines die anwaltliche Tätigkeit gestattenden ausländischen Befähigungsnachweises oder einer entsprechenden Eignungsprüfung im Ausland zugelassen sind, können in Deutschland als „niedergelassener europäischer Anwalt“ tätig werden. Nicht ausreichend sind bloße Qualifikationen, die es gestatten, den Beruf auszuüben, entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Zulassung als Anwalt und die Zugehörigkeit zum Berufsstand. Weitergehende Erfordernisse, insbesondere materielle Anforderungen im Hinblick auf die berufliche Qualifikation, sind nicht vorgesehen.

- 5 Der „niedergelassene europäische Anwalt“ kann, da ihn § 2 EuRAG ausdrücklich dem deutschen Rechtsanwalt gleichstellt, dieselben beruflichen Befugnisse wahrnehmen wie der deutsche Sozietätskollege. Der in einer deutschen Sozietät tätige englische *Solicitor*, französische *Avocat* oder österreichische *Rechtsanwalt* kann sowohl im deutschen Recht beraten als auch forensisch¹ tätig werden. Der deutsche Gesetzgeber hat darauf verzichtet, von der durch Art. 5 Abs. 3 RiLi 98/5/EG eingeräumten Ermächtigung Gebrauch zu machen, bei forensischem Tätigwerden gemäß dem Modell der Dienstleistungsrichtlinie 77/249/EWG die Einschaltung eines einheimischen Einvernehmensanwalts vorzusehen². Verfehlt ist die Auffassung, der niedergelassene europäische Rechtsanwalt sei nicht postulationsfähig, weil § 6 BRAO nicht den 2. Teil der BRAO in Bezug nehme³. Spätestens mit der Abschaffung der Zulassung der Rechtsanwälte i.S.d. BRAO bei einem Gericht kann dies für die Postulationsfähigkeit keine Rolle mehr spielen⁴.
- 6 Aufgrund der völligen **Gleichstellung** der unter ihrem Heimattitel in Deutschland niedergelassenen Anwälte **mit deutschen Rechtsanwälten** ist ihre Tätigkeit in einer Sozietät noch reizvoller geworden. Der „niedergelassene europäische Rechtsanwalt“ ist etwa gemäß § 2 Nr. 2 StBerG wie der Rechtsanwalt zur unbeschränkten Hilfeleistung in Steuersachen befugt. Er kann in allen Fällen tätig werden, in denen gesetzlich das Handeln oder Auftreten eines Rechtsanwalts vorgeschrieben ist, und es finden alle Vorschriften

1 Musielak/Weth, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 78 Rz. 35; Hessler/Prütting/Lörcher, § 6 EuRAG Rz. 6.

2 Hierzu BT-Drucks. 14/2269, S. 18.

3 So MünchKommZPO/v. Mettenheim, 3. Aufl. 2008, § 78 Rz. 81.

4 Es war auch unter Geltung des § 18 BRAO a.F. ohne Bedeutung. Die fehlende Bezugnahme auf den 2. Teil der BRAO in § 6 EuRAG beruht schlicht darauf, dass die entsprechende Voraussetzung durch die Zulassung im Herkunftsstaat substituiert ist, vgl. § 4 Abs. 1 EuRAG.

der Verfahrensordnungen und sonstiger Gesetze auf ihn Anwendung, die in ihrem Tatbestand an die Eigenschaft als Rechtsanwalt anknüpfen.

§ 4 EuRAG erklärt weite Teile der Vorschriften des Zweiten Teils der BRAO auf den niedergelassenen europäischen Rechtsanwalt für anwendbar¹. Die Vorschriften über Erteilung, Versagung, Erlöschen, Rücknahme und Widerruf der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft gelten daher auch für die „Europaanwälte“. Insbesondere sind die in § 7 und § 14 BRAO aufgeführten Versagungs- und Widerrufsgründe anwendbar. Durch den Verweis auf § 12 Abs. 2 BRAO wird sichergestellt, dass die berufliche Tätigkeit erst aufgenommen werden kann, wenn eine Berufshaftpflichtversicherung nach § 51 BRAO oder ein gleichwertiger Versicherungsschutz nach § 7 EuRAG nachgewiesen ist. Aus der Gleichstellung mit einheimischen Rechtsanwälten und der Möglichkeit eines forensischen Tätigwerdens folgt, dass der unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung tätige Rechtsanwalt im Hinblick auf seine Kanzleipflicht keinen Sonderstatus genießt.

In der **Außendarstellung**, so auf Kanzleidrucksachen, in Verzeichnissen und im Schriftverkehr, tritt der niedergelassene europäische Anwalt unter dem im Herkunftsstaat gebräuchlichen Titel auf. Die Angabe des Herkunftsstaats ist nicht notwendig. Gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 EuRAG sind allerdings Anwälte, die in ihrem Herkunftsstaat unter der Berufsbezeichnung „Rechtanwalt“ tätig sind (dies betrifft Rechtsanwälte aus Österreich, Liechtenstein und teilweise aus Belgien, Italien und der Schweiz²) verpflichtet, der Berufsbezeichnung die Berufsorganisation hinzu zu setzen, der sie im Herkunftsstaat angehören. A maiore ad minus muss bei anderen Berufsbezeichnungen ein Zusatz möglich sein. So kann etwa ein schottischer Solicitor ein berechtigtes Interesse daran haben, durch den Zusatz „Law Society of Scotland“ deutlich zu machen, dass er kein irischer oder englischer Solicitor ist. Nicht gestattet ist die alleinstehende Übersetzung der ausländischen Berufsbezeichnung (z.B. „englischer Rechtsanwalt“), allerdings ist ein solcher erklärender Zusatz zum Heimattitel unbedenklich („Solicitor – englischer Rechtsanwalt“), da er einem berechtigten Informationsbedürfnis des rechtsuchenden Publikums nachkommt, das nicht ohne weiteres etwas mit ausländischen Berufsbezeichnungen wird anfangen können. Ein solcher erklärender Zusatz bietet sich zudem an, wenn die fremdsprachliche Berufsbezeichnung in mehreren Rechtsordnungen verwendet wird (Advokat in Finnland, Schweden, Norwegen und Dänemark, Avocat in Belgien, Luxemburg und Frankreich, Advocaat in Belgien und den Niederlanden, Solicitor und Barrister in Großbritannien – England und Wales, Schottland sowie Nordirland – und Irland; Avvocato in Italien und Teilen der Schweiz). Der vom EURAG im Bemühen um sprachliche Eleganz verwendete Begriff des „europäischen Anwalts“ darf gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 EuRAG weder als Berufsbezeichnung noch werblich genutzt werden.

1 Näher Hessler/Prütting/Lörcher, § 4 EuRAG Rz. 1 ff.

2 Die Schweiz hat mit der EU ein Freizügigkeitsabkommen geschlossen (hierzu Kilian, ZEuP 2000, 601 ff.). Das die anwaltliche Berufstätigkeit betreffende EU-Sekundärrecht wird durch das BGFA in schweizerisches Recht implementiert; vgl. hierzu Kilian, BRAK-Mitt. 1999, 249 ff.

- 9 Die Tätigkeit eines Anwalts ist zeitlich unbegrenzt möglich, der registrierte europäische Rechtsanwalt hat lediglich die Optionen, sich nach dreijähriger regelmäßiger und effektiver Tätigkeit im deutschen Recht ohne weitere Voraussetzungen, insbesondere ohne eine Prüfung, in die deutsche Anwaltschaft vollständig zu integrieren, d.h. den deutschen Rechtsanwaltstitel zu erwerben (unten Rz. 29). Verpflichtet hierzu ist er nicht.
- 10 Da die registrierten Anwälte weiterhin Angehörige der berufsständischen Organisation ihres Herkunftsstaats sind, bleiben sie auch dessen anwaltlichem **Berufsrecht** unterworfen¹. In den in Frage kommenden Herkunftsländern hat etwa die *Law Society of England And Wales* für ihre im Binnenmarkt tätigen Mitglieder (*Solicitors*) spezielle berufsrechtliche Vorschriften erlassen (rule 16 Code Of Conduct – European Cross Border Practice). Neben dem Berufsrecht ihres Herkunftslandes müssen die niedergelassenen europäischen Rechtsanwälte gemäß Art. 6 Abs. 1, 7 RiLi 98/5/EG auch das Berufsrecht des Aufnahmestaats beachten; im EuRAG ist diese aus der Gleichstellung mit inländischen Anwälten zwangsläufige Konsequenz durch eine Verweisung in § 6 Abs. 1 klargestellt.
- 11 **Disziplinarrechtlich** unterliegt auch der niedergelassene europäische Anwalt bei Verstößen gegen berufsrechtliche Verpflichtungen in Deutschland der Aufsicht der zuständigen Rechtsanwaltskammer sowie der Anwaltsgerichtsbarkeit (§ 6 Abs. 1 EuRAG). Unbenommen bleibt hiervon die Kompetenz des Herkunftslandes zur disziplinarrechtlichen Verfolgung. Hinsichtlich der insofern kollidierenden Kompetenzen bestimmt § 6 Abs. 4 EuRAG, dass zwar eine aus dem Verstoß resultierende Rücknahme der Genehmigung zur Berufsausübung im Herkunftsland automatisch den Verlust des Rechts zur Berufsausübung in Deutschland nach sich zieht. Umgekehrt ist aber die disziplinarrechtliche Ahndung in Deutschland nicht von einer vorgängigen Entscheidung im Herkunftsstaat abhängig.

bb) Dienstleistendes Tätigwerden unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung

- 12 Die vorübergehende, dienstleistende Tätigkeit eines Anwalts aus dem EWR in Deutschland richtet sich nach den §§ 25–34a EuRAG. Die Vorschriften gehen zurück auf das Gesetz zur Durchführung der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte (RADG) vom 16. 8. 1980², mit dem die Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 in das deutsche Recht umgesetzt wurde. Der Regelungsgehalt des RADG wurde mit Wirkung zum 14. 3. 2000 in das Gesetz

1 Übersichten zum Berufsrecht der EU/EWR-Staaten finden sich etwa bei *Kolonovits* (Hrsg.), *Anwaltsrecht in den EU-Beitrittsländern*, 2003; *Tyrell/Yaqub*, *The Legal Professions In The New Europe*, 2nd ed., 1996; *Donald/Little* (Hrsg.), *Cross-Border-Practice-Compendium*, Loseblatt; *Henssler/Nerlich*, *Anwaltliche Tätigkeit in Europa*, 1994. Speziell zum Berufsrecht bei Tätigkeit von Anwälten im Ausland siehe die Länderübersichten bei *Godfrey* (Hrsg.), *Law Without Frontiers*, 1995.

2 BGBl. I 1980, 1453.

über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) vom 9. März 2000 überführt.

Der Normkomplex der §§ 25–34a EuRAG regelt die Befugnis zu vorübergehenden grenzüberschreitenden Rechtsdienstleistungen nicht grundsätzlich, sondern schafft mit § 25 EuRAG lediglich eine Befugnisnorm im Sinne von § 3 RDG. Im Rahmen einer dienstleistenden Tätigkeit kann der europäische Rechtsanwalt in Deutschland alle forensischen und außerforensischen Tätigkeiten beratender und vertretender Art ausüben, die ein Rechtsanwalt mit inländischer Zulassung erbringen darf¹. Dienstleistende europäische Rechtsanwälte dürfen daher im Rahmen ihrer inländischen Tätigkeit auch umfassend im deutschen Recht beraten und vor Gericht auftreten. Möglich sein muss daher auch eine Beiordnung,² wobei in Verfahren mit Anwalts- und Vertretungzwang eine solche richtigerweise nur erfolgen kann, wenn zum Zeitpunkt der Beiordnung bereits ein Einvernehmensanwalt im Sinne von § 29 EuRAG benannt ist (unten Rz. 14f.). In § 27 Abs. 1 S. 2 EuRAG³ hat der Gesetzgeber von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, dienstleistende europäische Anwälte von der Vertretung vor dem BGH auszuschließen. So weit der dienstleistende europäische Rechtsanwalt nicht als Prozessbevollmächtigter vor dem BGH tätig werden kann, ist es jedoch möglich, ihm die Ausführung der Partierechte zu überlassen (§ 28 Abs. 4 EuRAG⁴).

Grundsätzlich vertritt der dienstleistende europäische Rechtsanwalt seinen Mandanten allein und eigenverantwortlich. Mit § 28 EuRAG macht der Gesetzgeber aber für Verfahren mit Anwalts- oder Vertretungzwang von der durch Art. 5 RiLi 77/249/EWG eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, dienstleistenden europäischen Rechtsanwälten die Bedingung aufzuerlegen, „dass sie im **Einvernehmen** [...] mit einem bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt, der gegebenenfalls diesem Gericht gegenüber die Verantwortung trägt, [...] handeln“. Der europäische Normgeber gestattet eine solche Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit einem Einvernehmensanwalt, damit dem dienstleistenden europäischen Rechtsanwalt die notwendige Unterstützung dafür gegeben werden kann, um in einem anderen als dem ihm vertrauten Rechtssystem effektiv tätig werden zu können. Dem angerufenen Gericht soll das Einvernehmenserfordernis Gewähr dafür bieten, der der dienstleistende Rechtsanwalt dank entsprechender Unterstützung „das geltende Verfahrensrecht und die geltenden Berufs- und Standesregeln voll und ganz einhalten“ kann⁵.

Dieses – nur für einen Ausschnittsbereich des anwaltlichen Tätigkeitsfeldes vorgesehene – Einvernehmenserfordernis lässt die Eigenverantwortlichkeit des dienstleistenden europäischen Rechtsanwalts aber unberührt. Der Einvernehmensanwalt muss nicht, wie dies die ursprüngliche Fassung des § 4 Abs. 1 RADG noch vorsah, selbst **Prozessbevollmächtigter oder Verteidiger**

1 Amtl. Begr. zum RADG, BT-Drucks. 8/3181, S. 12f.

2 A.A. Zimmermann, FPR 2002, 486, 487.

3 Ehemals § 3 Abs. 1 S. 2 RADG.

4 Ehemals § 4 Abs. 4 RADG.

5 EuGH Slg. 1988, 1123 = NJW 1988, 887 („Kommission/Deutschland“).

13

14

15

sein und den dienstleistenden europäischen Anwalt auch nicht in jeder mündlichen Verhandlung begleiten. Die eigentliche Prozessführung obliegt dem dienstleistenden europäischen Rechtsanwalt.

- 16 Der dienstleistende europäische Rechtsanwalt hat aufgrund dieser Gleichstellung grundsätzliche alle Vorschriften einzuhalten, die auch der einheimische Rechtsanwalt zu beachten hat. § 27 EuRAG lockert dieses Pflichtenprogramm in Randbereichen und in Abhängigkeit davon, ob die dienstleistende Tätigkeit in der Rechtspflege oder vor Behörden (Abs. 1) oder in sonstiger Weise (Abs. 2) erfolgt. § 26 EuRAG verpflichtet den dienstleistenden Rechtsanwalt zur Führung der Berufsbezeichnung seines Herkunftsstaats¹. Unzulässig ist, entsprechend § 5 Abs. 2 S. 2 EuRAG, insbesondere die Verwendung der Berufsbezeichnung „dienstleistender europäischer Rechtsanwalt“.
- 17 § 32 EuRAG unterwirft die dienstleistenden europäischen Rechtsanwälte der **Aufsicht** der Rechtsanwaltskammern. Da das Gesetz jedoch keine Meldepflicht des dienstleistenden Anwalts vorsieht, ist die Durchführung der Aufsicht in der Praxis nur schwer möglich. Die Kammer wird lediglich auf Beschwerden reagieren können.

cc) Niedergelassenes Tätigwerden unter der deutschen Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“

- 18 Das EuRAG erlaubt in Umsetzung von Art. 10 Abs. 1 RiLi 98/5/EG und Art. 14 RiLi 2005/36/EG neben der Tätigkeit als niedergelassener europäischer Anwalt unter dem Heimattitel auch eine Vollintegration in die deutsche Rechtsanwaltschaft. Eine solche Integration durch Erwerb des deutschen Rechtsanwaltstitels ist jederzeit möglich, wenn der ausländische Anwalt gemäß § 16 Abs. 1 EuRAG eine **Eignungsprüfung** besteht. Der Anwalt muss in einem EU-Mitgliedsstaat die formalen Voraussetzungen für den unmittelbaren Zugang zum Anwaltsberuf erfüllen². Die Eignungsprüfung dient der Überprüfung der beruflichen Kenntnisse des ausländischen Anwalts im deutschen Recht. Sie muss dem Umstand Rechnung tragen, dass der Anwalt in einem anderen Staat bereits über eine vollwertige berufliche Qualifikation zur Ausübung des Anwaltsberufs verfügt (§ 17 EuRAG). Das Prüfungsverfahren (§§ 18–24 EuRAG) orientiert sich formell an der Zweiten Juristischen Staatsprüfung. Materiell ist aufgrund § 17 EuRAG sicherzustellen, dass die Prüfung im Schwierigkeitsgrad dem Assessorexamen nicht entsprechen darf, da der Prüfling in einem anderen Staat bereits voll qualifizierter Anwalt ist.
- 19 Will sich der Anwalt keiner Eignungsprüfung unterziehen, kann er gemäß § 11 EuRAG nach einer dreijährigen effektiven und regelmäßigen Tätigkeit auf dem Gebiet des deutschen Rechts einschließlich des Gemeinschaftsrechts als „niedergelassener europäischer Rechtsanwalt“ die Zulassung als Rechtsanwalt beantragen³. Spezielle inhaltliche Anforderungen an die Tätig-

1 BT-Drucks. 14/2269, S. 33.

2 BVerwG AnwBl. 2000, 256; VGH BW AnwBl. 2000, 370.

3 Zu den Anforderungen an eine Tätigkeit „im deutschen Recht einschließlich des Gemeinschaftsrechts“ siehe Hessler, ZEuP 1999, 689, 701.