



Berliner Juristische Universitätsschriften
Zivilrecht

Band 66

Alexandra Albert

**Die Rechtsanwalts-AG –
eine juristisch-ökonomische Analyse unter
Berücksichtigung des europäischen Rechts**



BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Alexandra Albert

Die Rechtsanwalts-AG – eine juristisch-ökonomische
Analyse unter Berücksichtigung des europäischen Rechts

Berliner Juristische Universitätsschriften

Herausgegeben im Auftrag der Professoren der Juristischen Fakultät
an der Humboldt-Universität zu Berlin

von Professor Dr. Michael Kloepfer,
Professor Dr. Rainer Schröder, Professor Dr. Gerhard Werle

Zivilrecht

Band 66

ISBN 978-3-8305-2720-6

Alexandra Albert

**Die Rechtsanwalts-AG –
eine juristisch-ökonomische Analyse unter
Berücksichtigung des europäischen Rechts**



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8305-2720-6

© 2011 BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,
Markgrafenstraße 12–14, 10969 Berlin
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de, Internet: <http://www.bwv-verlag.de>
Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen,
der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Jahre 2009 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Die mündliche Doktorprüfung fand am 10.11.2010 statt. Literatur und Rechtsprechung sind schwerpunktmäßig bis zum Januar 2010 berücksichtigt; in Teilen wurden aktuellere Entwicklungen eingearbeitet.

Großer Dank gilt meinem Doktorvater, Professor Dr. iur. Hans-Peter Schwintowski, der meine Arbeit zu jedem Zeitpunkt durch umfangreiche Betreuung und vielfältige Anregungen förderte. Ebenso bedanke ich mich vielmals bei Professor Dr. iur. Christoph Paulus für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein ganz besonders herzlicher Dank gebührt aber meinen Eltern, denen ich diese Arbeit widme. Ohne ihre uneingeschränkte und liebevolle Unterstützung wäre die Anfertigung der vorliegenden Dissertationsschrift nicht möglich gewesen.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
A. Einleitung	19
I. Problemstellung und Gang der Untersuchung	19
II. Wesentliche Thesen	20
B. Die Rechtsanwalts-AG (R-AG) – Rechtstatsachen in nationalem und internationalem Vergleich.	21
I. Rechtliche Entwicklung zur R-AG in Deutschland.	21
II. Bedeutung anwaltlicher Kapitalgesellschaften: Die Verbreitung der R-AG und verwandter Gesellschaftsformen	28
1. Deutschland.	28
2. Andere Länder.	29
III. Zusammenfassung.	31
C. Die Sonderstellung der R-AG zwischen Aktien- und Ständesrecht und die Vereinbarkeit ihrer Regulierung mit Grundrechten	33
I. Hauptversammlung	35
1. Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 12 GG und dessen Beeinträchtigung	35
2. Rechtfertigung des Eingriffs	36
a) Ständesrechtliche Erwägungen und „Berufsbild“	36
aa) Grundsätzlich: Lehre vom Berufsbild	36
bb) Auflösung des einheitlichen Berufsbildbegriffes durch Umwälzungen in der Anwaltschaft	38
cc) Tendenzen der richterlichen Abkehr von der Berufsbildlehre	39
dd) Ergebnis.	40
b) § 1 BRAO und § 43a BRAO	40
c) § 59e BRAO i.V.m. § 59a BRAO	42
aa) Möglichkeit einer analogen Heranziehung des § 59e BRAO	42
(1) Vorliegen einer vergleichbaren Rechtslage	43
(2) Planwidrige Regelungslücke	47

(3) Reaktion auf die umstrittene Analogiefähigkeit des § 59e BRAO durch Rechtsprechung und Literatur.	51
(4) Kritik und weiteres Vorgehen	52
bb) Unabhängig von der Analogiefähigkeit:	
Anwendung einer Norm nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	53
(1) Wesentliches Schutzgut des § 59e BRAO – Bewahrung der anwaltlichen Unabhängigkeit.	53
(a) „Unabhängigkeit des Rechtsanwaltes“ für den einzelnen Rechtsanwalt.	56
(b) Zwischenergebnis	61
(c) Die Unabhängigkeit des RA als Prämisse einer unabhängigen Rechtspflege	61
(2) Geeignetheit.	62
(a) Schutz des einzelnen Rechtsanwalts	63
(b) Schutz der Rechtspflege.	68
(c) Ergebnis	68
(3) Erforderlichkeit	69
(a) Schutz des einzelnen Rechtsanwalts	69
(aa) Ausschluss Fachfremder	70
(bb) Anwaltliches Mehrheitserfordernis	70
(cc) Erfordernis aktiver Mitarbeit	74
(dd) Ergebnis	76
(b) Schutz der Rechtspflege.	76
(4) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Angemessenheit.	77
(a) Schutz des einzelnen Rechtsanwalts	78
(aa) Ausschluss Fachfremder	78
(bb) Anwaltliches Mehrheitserfordernis.	80
(cc) Erfordernis aktiver Mitarbeit	81
(dd) Ergebnis	81
(b) Schutz der Rechtspflege.	82
(c) Ergebnis	83
II. Vorstand	84
1. Beeinträchtigung des Art. 12 GG	85
2. Rechtfertigung.	86

a) Vorüberlegung: grundsätzliche Gefährdungen anwaltlicher Schutzgüter durch das Kollegialitätsprinzip des § 77 Abs. 1 Satz 1 AktG	87
b) Spezifische Gefährdungen verschiedener Rechtsgüter in ausschließlich mit standesrechtlich gebundenen Personen besetzten Vorständen	88
aa) Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit der Vorstandsmitglieder, Erfordernis einer anwaltlichen Mehrheit	88
bb) Gefährdungslage für die anwaltliche Verschwiegenheit, § 43a Abs. 2 Satz 1 BRAO	92
cc) Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit angestellter Anwälte	93
dd) Ergebnis	94
c) Gefährdungen verschiedener Rechtsgüter in auch mit Fachfremden besetzten Vorständen	97
aa) Gefährdung der Unabhängigkeit der im Vorstand befindlichen Rechtsanwälte	97
bb) Gefährdung der Verschwiegenheit	101
(1) Gefährdung durch den Vertrauensbruch einzelner Vorstandsmitglieder	101
(2) Gefährdung durch den Auskunftsanspruch der Aktionäre nach § 131 Abs. 1 AktG	105
cc) Gefährdung der angestellten Anwälte	106
3. Ergebnis	107
III. Aufsichtsrat	108
1. Der rein anwaltlich besetzte Aufsichtsrat – Gefährdung von Unabhängigkeit und Verschwiegenheitspflicht	109
2. Der ausschließlich mit standesrechtlich gebundenen Personen besetzte Aufsichtsrat	113
a) Unabhängigkeit	115
b) Verschwiegenheit	116
3. Der auch mit Standesfremden besetzte Aufsichtsrat	117
a) Unabhängigkeit	117
b) Verschwiegenheit	120
c) Überprüfung der gegenwärtigen Rechtspraxis unter Berücksichtigung einer möglichen Mitbestimmung nach dem DrittelbG und dem MitbestG	123

(1) Die gesetzlichen Grundlagen der Mitbestimmung .	124
(2) Der Ausschluss Fachfremder aus der R-AG im Konflikt zur gesetzlichen Mitbestimmung. . . .	125
(a) Einstufung der Rechtsanwaltskapital- gesellschaften als Tendenzbetriebe oder Betriebe mit ähnlichen Rechtsfolgen. . . .	126
(b) Andere, für eine eingeschränkte Mitbestimmung plädierende, Ansätze	128
(c) Vergleich mit mitbestimmungsrechtlichen Bestimmungen anderer Freier Berufe	129
(3) Zwischenergebnis	131
4. Ergebnis.	131
IV. Ergebnisse zur Frage der Vereinbarkeit der Beschränkungen der R-AG mit deutschem Recht.	132
D. Praktische Folgen der gezeigten Beschränkungen	133
I. Ungleichgewicht zwischen dem Bedürfnis nach einer libera- lisierten R-AG und der gegenwärtigen Rechtswirklichkeit. . . .	133
1. Ist eine liberalisierte Rechtsanwalts-AG vom Markt gewollt? .	134
aa) Interesse der Gründer an der Gesellschaftsform der R-AG.	135
bb) Interesse an fachfremder Beteiligung	136
cc) Interesse Fachfremder an einer Beteiligung	138
dd) Ergebnis.	138
2. Ausweichen auf andere Gesellschaften in Deutschland	139
II. Ausweichen auf europäische Gesellschaften aufgrund der Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV (ex-Art. 43 EG)	141
1. Ausgestaltung der Niederlassungsfreiheit durch den EuGH (Centros, Überseering, Inspire Art)	141
2. Rechtswirklichkeit in Europa	144
E. Die Beschränkungen der R-AG in Deutschland als Verstoß gegen Grundfreiheiten	145
I. Regelungen für die Gesellschaft selbst – Die Niederlassungsfreiheit bzw. Dienstleistungsfreiheit	145
II. Ausschluss standesfremder Personen aus der Hauptversammlung	146
1. Bestimmung der einschlägigen Grundfreiheit	147

a) Art. 63 AEUV (ex-Artikel 56 EG)	147
aa) Grundsätzliche Möglichkeit des EU-Bürgers, sich auf Art. 63 AEUV (ex-Artikel 56 EG) zu berufen. . . .	147
bb) Umfang der Kapitalverkehrsfreiheit	148
cc) Verhältnis zu anderen Grundfreiheiten	150
(1) Portfolioinvestition	150
(2) Direktinvestition	151
(a) Abgrenzung zwischen Art. 49 AEUV und Art. 63 AEUV im Falle der Direktinvestition. .	152
(b) Ergebnis	154
2. Beschränkungsmöglichkeiten der Kapitalverkehrsfreiheit ..	154
a) Entwicklung vom Diskriminierungs- zum allgemeinen Beschränkungsverbot.	154
b) Begriff der Beschränkung mittels Dassonville-Formel und Keck-Rechtsprechung	156
aa) Dassonville-Formel	157
bb) Keck-Rechtsprechung	157
(1) Grundsätzliche Erwägungen – Keck-Grundsätze im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit	157
(2) Ergebnis für das vorliegende Rechtsproblem . . .	160
3. Rechtfertigung	160
a) Art. 65 AEUV	160
b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe – Cassis- Rechtsprechung	161
aa) Grundsätzliche Übertragbarkeit der Cassis-Grundsätze auf Art. 63 AEUV	161
bb) Mögliche Harmonisierungsmaßnahme Art. 11 der Richtlinie 98/5/EG oder der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie	163
cc) Bewertung des Fremdbeteiligungsverbot nach der Cassis-Formel	167
(1) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses. . . .	167
(2) Geeignetheit.	169
(3) Erforderlichkeit	170
(4) Angemessenheit	171
4. Ergebnis	175

III. Ausschluss standesfremder Personen aus Vorstand oder Aufsichtsrat	175
1. Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV	176
a) Schutzbereich	176
b) Beeinträchtigung.	176
c) Rechtfertigung	178
aa) Geschriebene Rechtfertigungsgründe, Art. 52 AEUV .	178
bb) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe – Prüfung der beschränkenden Regelungen am Maßstab der Cassis-Rechtsprechung.	178
(1) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses. . . .	179
(2) Geeignetheit.	180
(3) Erforderlichkeit	180
(4) Angemessenheit.	180
2. Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV . .	181
a) Beeinträchtigung des Schutzbereiches	181
b) Rechtfertigung	183
IV. Fehlende Auseinandersetzung des EuGH mit den europäischen Grundfreiheiten und mögliche Vorlagepflicht gemäß Art 267 AEUV (ex-Art. 234 EG)	184
F. Möglicher Verstoß gegen Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EG)	187
I. Die Entscheidung „Wouters“	189
1. Sachverhalt	189
2. Einstufung von Berufsorganisationen als „Unternehmensvereinigungen“ i.S.d. Art. 101 AEUV	189
3. Einschränkung des Wettbewerbs durch das Sozietätsverbot. .	192
4. Annahme einer ausnahmsweise zulässigen Wettbewerbsbeschränkung	192
5. Rechtliche Bewertung der „Wouters“-Entscheidung	193
a) Die deutsche Bundesrechtsanwaltskammer als Unternehmensvereinigung	193
b) Hoheitliches Handeln durch die BRAK	194
aa) Wesentlichkeitskriterium.	194
bb) Letztentscheidungsbefugnis	196
c) Mögliche Einstufung der BRAO-Normen als kartell- rechtswidrig nach Art. 101 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EU.	197

d) Anwendung der „ausnahmsweise zulässigen Wettbewerbsbeschränkung“ auch für BRAO-Normen? . . .	198
aa) Strukturverschiedenheit.	199
bb) Spezifische Gefahrenlage bei der Zusammenarbeit zwischen Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern . . .	200
cc) Ergebnis.	201
II. Das Urteil „Arduino“	202
III. Wirkung der EuGH-Urteile und eigene Bewertung	203
G. Allgemeine Deregulierungsbestrebungen für die Freien Berufe auf europäischer Ebene	205
I. Die Studie „Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different EU Member States“	206
II. Rede Mario Montis zur Wiener Studie	210
III. Reaktion der Kommission: Der Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen, KOM(2004) 83 vom 9. Februar 2004	215
IV. Ausblick.	217
H. Die Reaktionen der Nationalstaaten – Deregulierung und Bewahrung	219
I. Konsultationen und Gesetzgebungsverfahren in verschiedenen Staaten	219
1. Entwicklungen im EU-Raum	219
a) Großbritannien: der Clementi-Report.	219
b) Dänemark	223
c) Spanien	224
d) Niederlande.	225
e) Italien	225
2. Entwicklungen in Staaten außerhalb der EU	226
a) Australien	226
b) Schweiz.	228
II. Folgen	229
1. Inländerdiskriminierung bei grenzüberschreitenden Gesellschaften	230
2. Grundlegende rechtliche Bewertung der Inländerdiskriminierung	232
3. Prognosen	232

I. Die Entscheidung zur Apothekenkette „DocMorris“ – eine zukunftsweisende Entscheidung für die Freien Berufe?	233
I. Der Sachverhalt um „DocMorris“	233
II. Zur Frage der Vereinbarkeit der Beschränkungen des ApoG mit Art. 49 AEUV	234
1. Allgemeine Erwägungen.	234
2. Grundsätzliche Argumentationsstruktur – Standesrecht in Konflikt mit Europarecht	235
3. Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts	238
4. Rechtsprechung des EuGH	239
III. Mögliche Übertragbarkeit der gefundenen Ergebnisse auf die §§ 59e Abs. 1 Satz 1 i.V.m. 59a Abs. 1 Satz 1 BRAO	242
IV. Ergebnis	244
J. Reaktion auf eine mögliche baldige Inländerdiskriminierung – die Reform des deutschen Rechtsberatungsgesetzes.	247
I. Grundsätzliche Strategien	247
II. Überblick über die Reformbestrebungen.	249
1. Ablauf der Reformbemühungen und des Gesetzgebungsverfahrens	249
a) Ausgangspunkt – das Rechtsberatungsgesetz	249
b) Entwurf der Bundesregierung	251
c) Erste Reaktionen auf den Entwurf	254
aa) Empfehlung an den Bundesrat durch den Ausschuss für Innere Angelegenheiten, Finanzausschuss und Rechtsausschuss	254
bb) Plenarantrag, Urheber: Bayern	255
cc) Stellungnahme der Bundesjustizministerin und Abstimmung im 1. Durchgang, Beschlussdrucksache	255
d) Erste Beratung	255
e) Grundlegende Änderung des Entwurfes durch die Ausschüsse	257
f) Zweite und dritte Beratung, Abschluss.	257
III. Bewertung der einzelnen Schritte	258
IV. Ergebnisse für die vorliegende Arbeit	260

K. Zusammenfassung der Ergebnisse	263
I. Zusammensetzung der Organe	263
1. Hauptversammlung.....	263
2. Vorstand.....	264
3. Aufsichtsrat.....	264
II. Ausblick.....	265
Literaturverzeichnis	267
Stichwortverzeichnis.....	293

A. Einleitung

I. Problemstellung und Gang der Untersuchung

Die Möglichkeit, sich zu rechtsberatender Tätigkeit im Rahmen einer Kapitalgesellschaft zusammenzuschließen, war Rechtsanwälten lange Zeit verwehrt. In Aufsehen erregenden Entscheidungen brach die Rechtsprechung mit dieser Tradition und ließ zunächst die Rechtsanwalts-GmbH (R-GmbH), später die Rechtsanwalts-AG (R-AG) im Grundsatz zu. Hinsichtlich der Zulässigkeit beider Gesellschaftsformen besteht heute weitgehend Einigkeit. Umso dringender stellen sich Fragen nach der Binnenstruktur, besonders der vom Gesetzgeber noch nicht geregelten Rechtsanwalts-AG. Wenn die Fragestellung von Schrifttum und Rechtsprechung auch verschiedentlich aufgegriffen wurde, findet sich doch vieles, was noch genauerer Analyse bedarf. So unterliegt die neue Gesellschaftsform hinsichtlich ihrer Organzusammensetzung starken Einschränkungen. Gegenstand dieser Untersuchung soll die Frage sein, ob die heutige strenge Reglementierung der R-AG mit geltendem Recht vereinbar ist. In welchem Umfang standesrechtliche Erwägungen genügen können, eine nach Art. 12 und Art. 3 GG gewährleistete Freiheit der anwaltlichen Berufsausübung zu beschneiden, wird ebenso untersucht werden wie die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht.

Darüber hinaus soll ein interdisziplinärer Ansatz Gegenstand dieser Arbeit sein. Mit der Errichtung und Bewahrung eines tradierten Standesrechts wurden zu einem großen Teil ideelle Zwecke, wie die Bewahrung anwaltlicher Werte und der Mandantenschutz, verfolgt. In der juristischen Fachliteratur weitgehend unbeachtet bleiben jedoch wirtschaftliche Implikationen, die eine allzu starre Reglementierung durch das Standesrecht nach sich zieht. Dieses verwehrt Interessenten die Gesellschafter-Stellung, verhindert die Einbeziehung nichtanwaltlichen Know-hows in Hauptversammlung, Vorstand und Aufsichtsrat und macht die Verteilung von Stock-Options zur Motivation von Nicht-Gesellschaftern unmöglich. Es soll geklärt werden, ob der gesellschaftliche Nutzen, der sich aus einer strengen Auslegung des Standesrechtes ergibt, die Nachteile überwiegt. Auf alternative Wege, die andere Länder in ihren Liberalisierungsbemühungen beschritten haben, ist gesondert einzugehen.

Es bedarf somit der Klärung, inwieweit eine R-AG nach geltendem Recht beschränkt werden darf und – in einem ganzheitlichen Ansatz – beschränkt werden sollte. Letzteres ist besonders bei der Auslegung europä-

ischer Vorgaben von Bedeutung, deren Ziel grundsätzlich der Abbau von Reglementierungen in Europa ist.

II. Wesentliche Thesen

Zu Beginn sind die wesentlichen Thesen darzulegen, deren Bestätigung oder Widerlegung Inhalt der Darstellung sein werden.

1. Die geltenden Beschränkungen, die in der R-AG alle Organe betreffen, sind nicht mit nationalem Recht, etwa Art. 12 GG, vereinbar. Dies gilt besonders für das Fremdbeteiligungsverbot, das Personen außerhalb der in § 59a BRAO genannten Berufsgruppen eine Beteiligung an Hauptversammlung, Vorstand und Aufsichtsrat untersagt. Bei der Frage, ob Mehrheiten zugunsten bestimmter Personengruppen zu fordern sind, ist nach den einzelnen Organen zu differenzieren. In ihrer gegenwärtigen Form können Mehrheitsregelungen nicht vor höherrangigem Recht bestehen.
2. Das Verbot für Fachfremde, Aktien an einer R-AG zu erwerben, verstößt gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 AEUV. Ferner ist es nicht mit Art. 49 AEUV und Art. 56 AEUV vereinbar, standesrechtlich nicht Gebundene aus Vorstand und Aufsichtsrat auszuschließen.
3. Auf europäischer und internationaler Ebene ist es zu grundlegenden Bemühungen gekommen, rechtliche Entwicklungen in einen wirtschaftlichen Kontext zu stellen. In der Folge wird das anwaltliche Gesellschaftsrecht zunehmend unter wettbewerbsrechtsrechtlichen und ökonomischen Aspekten überprüft. Rechtsanwaltschaftliches Standesrecht kann daher auch mit Art. 101 AEUV in Konflikt treten.
4. Viele Staaten haben die Bedeutung des Gesellschaftsrechts als Wirtschaftsmotor und Standortfaktor erkannt. Dieses Wissen und die Deregulierungsbestrebungen europäischer Entscheider tragen dazu bei, dass in naher Zukunft liberalisierte Anwaltskapitalgesellschaften zu erwarten sind, die mit der deutschen R-AG konkurrieren. Die Folge wird eine Inländerdiskriminierung sein.
5. Die R-AG ist im deutschen Recht nicht normiert. Wenn sich der Gesetzgeber bewusst macht, dass deren gegenwärtige Beschränkungen gegen höherrangiges Recht verstoßen und zudem Marktpotentiale unerschlossen lassen, vermag er entsprechend zu reagieren. Durch die Deregulierung der R-AG kann er einen rechtswidrigen Zustand beenden und eine drohende Inländerdiskriminierung verhindern. Darüber hinaus gingen mit der Attraktivität einer offenen R-AG für ausländische Gründer und Investoren positive ökonomische Impulse einher.

B. Die Rechtsanwalts-AG (R-AG) – Rechtstatsachen in nationalem und internationalem Vergleich

I. Rechtliche Entwicklung zur R-AG in Deutschland

Die Entwicklung zur Rechtsanwalts-AG in Deutschland war Abschluss eines lange andauernden Prozesses. Im 19. Jahrhundert waren Zusammenschlüsse von Rechtsanwälten weder in Personen- noch Kapitalgesellschaften anerkannt.¹ Der Vorläufer der BRAO, die RAO² vom 1.7.1878, normierte daher noch ausschließlich die Tätigkeit des allein praktizierenden Rechtsanwalts. Diese Haltung des Gesetzgebers war Ausdruck der allgemeinen Befürchtung, in einer Berufsausübungsgesellschaft werde die Eigenverantwortlichkeit und Unabhängigkeit des einzelnen Anwalts in den Hintergrund treten. Während der industriellen Revolution standen die Angehörigen von Sozietäten vielmehr im Verdacht, sich wie arbeitsteilig operierende Gewerbe zu organisieren.³

Nur der Einzelanwalt schien in der Lage zu sein, seiner herausragenden Stellung innerhalb der Rechtspflege⁴ durch unbeeinflusste und individuelle Beratung gerecht zu werden.⁵ Er unterschied sich hinreichend deutlich von einem kaufmännischen Betrieb, dessen Prinzip der Gewinnmaximierung als dem Berufsstand des Rechtsanwaltes grundlegend nicht angemessen galt.⁶ Diese Betrachtungsweise blieb bestehen, obwohl schon vereinzelt Sozietäten existierten.⁷ Sie wurden weniger als Alternative zum Einzelanwalt denn als zu kritisierende Abweichungen vom Ideal empfunden.

Die grundsätzliche Sorge, dass der Zusammenschluss von Rechtsanwälten die Trennlinie zwischen anwaltlicher und gewerblicher Tätigkeit

¹ *Passarge*, Die AG als neue Rechtsform, S. 21; *Josef*, JW 1912, 511 (512); *Dix*, JW 1927, 2090 (2090).

² Rechtsanwaltsordnung (RAO) vom 1.7.1878, RGBl. 1878, 177.

³ *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 540.

⁴ RGZ 14, 285; RGZ 55, 169; RGZ 66, 148.

⁵ *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 540.

⁶ *Feuchtwanger*, Die freien Berufe, S. 17 ff.; *Feuchtwanger*, JW 1928, 937 (939); *Weißler*, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, S. 540.

⁷ *Heilberg*, JW 1932, 1100 (1100 f.).

verwässern und letztlich die Erfüllung anwaltlicher Pflichten erschweren könnte, bestand noch lange über die Schaffung der RAO hinaus.

So blieben auch über acht Jahrzehnte später in der BRAO des Jahres 1959 alle anwaltlichen Kooperationen unerwähnt.⁸ Es muss überraschen, dass diese Gesetzeslage bis in die neunziger Jahre des zwanzigsten Jahrhunderts bestehen blieb, denn in der Rechtsrealität war der Einzelanwalt bereits mehr und mehr zurückgedrängt worden. So waren bereits Mitte der 80er Jahre 40,9 % der Rechtsanwälte in Sozietäten organisiert,⁹ mangels anderer gesetzlicher Möglichkeiten zunächst ausschließlich in BGB-Gesellschaften. Auch wurde erstmals eine überörtliche Sozietät von einer Rechtsanwaltskammer anerkannt,¹⁰ deren grundsätzliche Zulässigkeit der BGH 1989 bestätigte.¹¹

Als eine Ursache dieser Entwicklung kommt der wachsende Umfang zu beherrschender Rechtsgebiete in Betracht, die ein Einzelanwalt immer weniger in der gebotenen Tiefe bewältigen konnte. Die sinnvolle Reaktion auf diese veränderte Ausgangslage war die Spezialisierung einzelner Anwälte und deren Zusammenschluss in einer Sozietät, welche einen breiten Mandantenkreis beraten konnte und die Konkurrenzfähigkeit der Gesellschaft als Ganzes ermöglichte.¹² Auch die Kostenersparnis durch gemeinschaftliche Nutzung von Büroräumen und Hilfsmitteln¹³ machte das Modell der BGB-Gesellschaft für Rechtsanwälte attraktiv.

Einen Grund für die Zurückhaltung des Gesetzgebers stellte auch die Haltung der Vertreter der Anwaltschaft dar, welche lange an tradierten Vorstellungen anwaltlicher Berufsausübung festhielten. So intervenierte die Bundesrechtsanwaltskammer meist vehement gegen Neuerungen im Bereich anwaltlicher Zusammenarbeit, etwa die überörtliche Sozietät.¹⁴ Entsprechend langsam ging die rechtliche Angleichung an die Gege-

⁸ „Bundesrechtsanwaltsordnung“ vom 1.8.1959, BGBl. I, S. 565.

⁹ *Braun*, BRAK-Mitt. 1987, 4 (4).

¹⁰ Diese entstand in Düsseldorf mit der damaligen Sozietät „Pünder Volhard Weber & Axster“, heute nach mehreren Fusionen „Clifford Chance“.

¹¹ BGHZ 198, 290.

¹² *Henssler*, in: *Henssler/Streck*, Handbuch des Sozietätsrechts, Kapitel A, Rn. 3 ff. *Zehner*, AnwBl 2005, 614 (614); *Hommerich*, AnwBl 2002, 253 (254).

¹³ *Henssler*, in: *Henssler/Streck*, Handbuch des Sozietätsrechts, Kapitel A, Rn. 4.

¹⁴ Beschlüsse der 67. Hauptversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK-Mitt. 90, 76 (76).

benheiten der Praxis voran. 1994 kam es zunächst zur Einführung des § 59a BRAO¹⁵, welcher erstmals die Möglichkeit anwaltlicher Zusammenarbeit in einer Sozietät erwähnte, ohne sie jedoch explizit zu regeln. Als einzig für Rechtsanwälte mögliche Organisationsform stand nach allgemeiner Meinung die GbR zur Verfügung. Zu diesem Zeitpunkt waren im westlichen Teil Deutschlands bereits knapp 44 % der Kanzleien Berufsausübungsgesellschaften, im Ostteil ca. 30 %.¹⁶ Erst im Jahre 1995 kam es zu einer grundlegenden Veränderung im Bereich des anwaltlichen Organisationsrechts. Mit der OHG-ähnlich strukturierten „Partnerschaft“ wurde Rechtsanwälten eine eigenständige personengesellschaftliche Kooperationsform an die Hand gegeben.¹⁷ Im Jahre 2008 übten bereits 60 % der zugelassenen Rechtsanwälte ihren Beruf in Sozietäten aus,¹⁸ wobei dieser Begriff die Zusammenarbeit in BGB-Gesellschaften oder Partnerschaften, nicht aber in Kapitalgesellschaften, umfasst.¹⁹

Ein weiterer logischer Schritt, die Möglichkeit einer Organisation auch in Kapitalgesellschaften, blieb jedoch lange Zeit ebenso undenkbar wie die Wandlung des Einzelanwaltes zu einem in Sozietäten organisierten Anwalt Jahre zuvor.²⁰ Vor allem die Möglichkeit einer zunehmenden Kommerzialisierung des Anwaltsstandes erzeugte großes Unbehagen im Schrifttum.²¹ Für die Einführung einer R-GmbH plädierten dort nur wenige.²² Die Ver-

¹⁵ Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte vom 2.9.1994, BGBl. I, S. 2278.

¹⁶ Die Zahlen wurden erhoben vom statistischen Berichtssystem für Rechtsanwälte (STAR), abgedruckt in BRAK-Mitt. 1995, 230 (230 ff.).

¹⁷ Durch das „Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften und zur Änderung anderer Gesetze“ vom 25.7.1994, BGBl. I, S. 1744.

¹⁸ *Feuerich/Weyland*, BRAO, § 59a, Rn. 1.

¹⁹ *Michalski/Römermann*, in: Henssler/Streck, Handbuch des Sozietätsrechts, Kapitel B, Rn. 2; *Michalski/Römermann*, NJW 1996, 3233 (3237).

²⁰ Vgl. *Michalski*, Gesellschafts- und KartellR der freien Berufe, S. 352; *Dürwell*, AnwBl 1990, 388 (389); *Kremer*, GmbHR 1983, 259 (264).

²¹ *Zuck*, AnwBl 1988, 19 (21); *Schumacher*, AnwBl 1990, 383 (384); *Weigel*, BRAK-Mitt. 1992, 183 (184); *Haas*, BRAK-Mitt. 1994, 1 (1).

²² Für eine der GmbH nahe Rechtsanwaltsgesellschaft *sui generis*: *Redeker*, AnwBl 1987, 577 (583); grundsätzlich für die R-GmbH: *Michalski*, Gesellschafts- und KartellR der freien Berufe, S. 120/125; *Senninger*, AnwBl 1989, 298 (301); *Kremer*, GmbHR 1983, 259 (262); *Kewenig*, JZ 1990, 782 (788); *Ahlers*, AnwBl 1991, 226 (226); *Heinemann*, AnwBl 1991, 233 (238); *Henssler*, JZ 1992, 697 (709); *Henssler*, NJW 1993, 2137 (2140 ff.).

treter der Anwaltschaft hingegen zeigten sich gespalten. Während der DAV eine Einführung befürwortete,²³ stellte sich die Bundesrechtsanwaltskammer²⁴ der Neuerung entschieden entgegen. Auch unter deren Einfluss²⁵ verband der Gesetzgeber mit der Einführung der Partnerschaft noch die Hoffnung, die GmbH werde nunmehr an Attraktivität verlieren.²⁶

Zwar kam zu Beginn der 90er Jahre erneut Bewegung in die Diskussion, als die Koalitionsarbeitsgruppe „Deregulierung“ in einem von der Bundesregierung unterstützten Bericht eine Einführung von Kapitalgesellschaften guthieß.²⁷ Ein grundsätzliches Umdenken leiteten aber erst Entscheidungen des BGH ein, welcher 1991 die Zulässigkeit der Heilpraktiker-GmbH²⁸ und 1993 jene einer Zahnärzte-GmbH²⁹ bejahte.³⁰ In diesem Urteil betonte der Gerichtshof, dass Art. 12 GG grundsätzlich jeder juristischen Person die freie Berufsausübung gewährt. Vor diesem Hintergrund dürfe man nicht fragen, ob eine Kapitalgesellschaft für standesrechtlich gebundene Personen ausnahmsweise zulässig sei. Vielmehr sei in Ansehung

²³ Koch, MDR 1995, 446 (446), der sich „pro Anwalts-GmbH“ äußert. Vgl. hierzu Fn. 24.

²⁴ Stellungnahme der BRAK, BRAK-Mitt. 1990, 76 (78); Braun, MDR 1995, 447 (447), der entgegen Koch, Fn. 23, „contra Anwalts-GmbH“ argumentiert.

²⁵ So mutmaßend Römermann/Hartung, Anwaltliches Berufsrecht, Kapitel 2, § 20, Rn. 25.

²⁶ Leutheusser-Schnarrenberger, in: FS für Helmrich, 677 (680); diese Absicht des Gesetzgebers tadelnd: v. Falkenhausen, AnwBl 1993, 479 (479); Stuber, WiB 1994, 705 (710).

²⁷ Vorschlag 64 der genannten Arbeitsgruppe, abgedruckt in EuZW 1992, 542 (544).

²⁸ BGH v. 05.12.1991, NJW-RR 1992, 430 (430 f.).

²⁹ BGHZ 124, 224; zu den Möglichkeiten des gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses von Mediziner: Rau, DStR 2004, 640 (640 ff.); Klose, BB 2003, 2702 (2702 ff.).

³⁰ In Bereich des Gesellschaftsrechts für Humanmediziner besteht dennoch weiterhin ein grundsätzlicher Klärungsbedarf. Da das Heilwesen landesgesetzlicher Kompetenz unterfällt, ist eine Organisation in Kapitalgesellschaften uneinheitlich geregelt. In Bayern etwa untersagen ärztliche Kammergesetze den Zusammenschluss in juristischen Personen (§ 18 Abs. 1 Satz 2 des Bayerischen Heilberufe-Kammergesetzes). Dieses Verbot hat der BayVerfGH im Jahre 1999 für verfassungskonform erklärt, NJW 2000, 3418 (3418 ff.). Vertiefend zu der Heilberufs-GmbH: Laufs, MedR 1995, 11 (11 ff.); Kilian, ZIP 2007, 710 (710).

des Grundrechts von einer Zulässigkeit auszugehen, solange keine rechtlichen Regelungen entgegenstünden.³¹

Dieser Argumentation folgte wenig später auch das BayObLG, als es mit ähnlichen Begründungen die R-GmbH für zulässig erklärte.³² In seinem Beschluss erkannte das Gericht – ebenso wie der BGH – keine verfassungsmäßigen Gründe, die vom Schutzbereich des Art. 12 GG erfasste R-GmbH zu verbieten.³³ Dieser Argumentation schlossen sich bald weitere Gerichte an³⁴ und auch in der Lehre³⁵ wurde der Vorstoß der Rechtsprechung – trotz einiger Gegenstimmen³⁶ – überwiegend positiv bewertet.

Auch in den Reihen der Anwaltschaft befürwortete man die Möglichkeit rechtsberatender Kapitalgesellschaften,³⁷ es kam zu zahlreichen Gründungen trotz der noch unsicheren Rechtslage.³⁸ Das Ziel, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Rechtspraxis zu verhindern, war am Marktbedürfnis der Gründer³⁹ und der Rechtsprechungsentwicklung gescheitert. Schließlich gab die Bundesrechtsanwaltskammer ihren Widerstand gegen die neue Gesellschaftsform auf und plädierte für deren gesetzliche Normierung.⁴⁰

³¹ BGHZ 124, 224 (229).

³² BayObLG v. 24.11.1994, NJW 1995, 199–202.

³³ BayObLG v. 24.11.1994, NJW 1995, 199 (199).

³⁴ OLG Bamberg v. 1.2.1996, MDR 1996, 423 (423); LG Baden-Baden v. 13.5.1996, AnwBl 1996, 537 (537).

³⁵ *Römermann*, Entwicklungen und Tendenzen, S. 144 ff.; *Boin*, NJW 1995, 371 (372); *Henssler*, DB 1995, 1549 (1549); *Gail/Overlack*, Anwaltsgesellschaften, Kapitel A, Rn. 18; *Hommelhoff/Schwab*, WiB 1995, 115 (115); *Dauner-Lieb*, GmbHR 1995, 259 (262); *Sproß*, AnwBl 1996, 201 (201 ff.); *Jungk*, AnwBl 1996, 297 (299).

³⁶ *Taupitz*, NJW 1995, 369 (371); *Kempter*, BRAK-Mitt. 1995, 4 (5); *Braun*, MDR 1995, 447 (447); *Huff*, BRAK-Mitt. 1997, 139 (142); *Kempter*, BRAK-Mitt. 1995, 4 (4 ff.).

³⁷ DAV, AnwBl 1995, 251 (251).

³⁸ *Henssler*, in: *Henssler/Streck*, Handbuch des Sozietätsrechts, Kapitel E, Rn. 2; *Hellwig*, ZHR 1997, 337 (341).

³⁹ Zu „Angebot und Nachfrage“ bei Gesellschaftsformen s. D.I.2. Besonders in der alten Fassung des PartGG war aufgrund der unzureichenden Möglichkeit der Haftungsbeschränkung die Partnerschaft der GmbH an Attraktivität weit unterlegen. Die Vor- und Nachteile der Gesellschaften werden zusammengefasst von: *Sommer*, GmbHR 1995, 249 (249 ff.).

⁴⁰ Protokoll der 80. Hauptversammlung der BRAK v. 26./27.9.1996, BRAK-Nr. 168/96 v. 2.10.1996, 27.

Diesen Forderungen konnte sich auch der Gesetzgeber letztlich nicht verschließen. Im März 1999 fügte er der BRAO mit den §§ 59c–m Regelungen über die Rechtsanwalts-GmbH⁴¹ hinzu.⁴² Sie folgen im Wesentlichen den bereits von der Rechtsprechung aufgestellten Forderungen. Streitpunkte in Haftungsfragen⁴³ und hinsichtlich des Umfangs der Befugnisse der Gesellschafter⁴⁴ konnten im Vorfeld ausgeräumt werden. Damit bestand über die Zulässigkeit einer Kapitalgesellschaft für Rechtsanwälte kein Zweifel mehr, auch wenn einzelne Regelungen weiterhin umstritten blieben.

Mit der Normierung der Rechtsanwalts-GmbH war der erste Schritt auch für die Rechtsanwalts-AG getan. Vor der Entscheidung des BayObLG zur R-GmbH hatte sie faktisch keinen Diskussionsgegenstand dargestellt, danach trat sie jedoch zunehmend in das Bewusstsein der Rechtsbeobachter und fand Befürworter⁴⁵ und Gegner.⁴⁶ Auch hier war es das BayObLG,

⁴¹ *Kraus/Senft*, in: Kraus, Sozietätsrecht, § 15, Rn. 1 merken an, dass die Bezeichnung der Gesellschaft als „Rechtsanwalts-GmbH“ vor dem Hintergrund des § 59k Abs. 2 BRAO unzutreffend erscheint, da dieser einzig von einer „Rechtsanwaltsgesellschaft“ spricht. In Abgrenzung zur R-AG und aufgrund der Verbreitung dieses Begriffs in der Literatur wird dennoch im Rahmen dieser Arbeit die Bezeichnung „R-GmbH“ verwendet.

⁴² „Gesetz zu Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Patentanwaltsordnung und anderer Gesetze“ v. 31.8.1998, BGBl I, S. 2600. Das Gesetz trat am 1.3.1999 in Kraft.

⁴³ Es kam im Vorfeld des Gesetzes zu einer vehement geführten Diskussion um die Einführung einer Handelndenhaftung für die Geschäftsführer der R-GmbH, vgl. *Römermann*, NZG 1998, 81 (81 ff.) m.w.N. Hinter dem im Rahmen von Kapitalgesellschaften systemwidrigen Haftungsmodell wurde die Absicht vermutet, die R-GmbH solle im Vergleich zur Partnerschaft entscheidend geschwächt werden, *Henssler*, ZIP 1997, 1481 (1487); *Römermann/Spönemann*, NZG 1998, 15 (18); die Handelndenhaftung wurde schließlich nicht umgesetzt.

⁴⁴ So sollte die Bestellung von Geschäftsführern nicht den Gesellschaftern obliegen und jeder Gesellschafter zwingend selbst Geschäftsführer sein. Diese Norm hätte jeden Gesellschafterwechsel registerpflichtig gemacht und die Attraktivität der R-GmbH ebenso wie die Handelndenhaftung verringert. Auch hier beugte sich der Gesetzgeber der Kritik des Schrifttums, etwa *Schlosser*, JZ 1995, 345 (347); *Hellwig*, ZHR 1997, 337 (352 f.).

⁴⁵ *Römermann*, Entwicklungen und Tendenzen, S. 183; *Boin*, die Partnerschaftsgesellschaft für Rechtsanwälte, S. 115.

⁴⁶ *Hommelhoff/Schwab*, WiB 1995, 115 (117 f.).

welches positiv über deren Zulässigkeit entschied⁴⁷ und der Rechtsanwalts-AG in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung das Recht zum Führen einer Fantasie-Bezeichnung einräumte.⁴⁸ Nach der Entscheidung zur R-GmbH mag dieser Schritt nur für folgerichtig gehalten werden, doch mit der Rechtsanwalts-AG schien nun der größtmögliche Abstand zum ursprünglichen Idealtypus des Rechtsanwalts erreicht.⁴⁹ Die AG war von jeher als Kapitalsammelbecken mit großen Gesellschafterzahlen konzipiert und naturgemäß die Rechtsform großer kaufmännischer Unternehmen. Dass das Gericht diese Gesellschaftsform nun im Grundsatz auch Rechtsanwälten eröffnet, ist somit als bedeutender Schritt zu werten.

Nach diesem initiativen Beschluss machte die Rechtsprechung in verschiedenen Folgeentscheidungen deutlich, dass sie zumindest die grundsätzliche Zulässigkeit der R-AG – wenngleich einige ihr die Funktion einer Berufsausübungsgesellschaft nicht zukommen lassen wollten⁵⁰ – nicht mehr bezweifelte.⁵¹ Heftig umstritten blieben allein die Fragen zur satzungsmäßigen Ausgestaltung der R-AG,⁵² welche das BayObLG gänzlich offen gelassen hatte. Später war daher hauptsächlich die Zusammensetzung der Organe Diskussionsgegenstand. Die letzte höchstrichterliche Entscheidung in diesem Bereich ist ein Urteil des BGH aus dem Jahre 2005.⁵³ Es ließ nunmehr auch die letzten Zweifler verstummen, welche die Rechtsform der AG selbst für unvereinbar mit geltendem Recht gehalten hatten. Auch der Bundesgerichtshof zog Art. 12 GG für die Begründung der Zulässigkeit heran und fand zumindest in dieser Hinsicht breite Zustimmung in der Literatur.⁵⁴ Ferner nahm der Gerichtshof, anders als noch das BayObLG, zu den für die Satzung zu fordernden Mindestvoraussetzungen erstmals Stellung. Er hob die Eigenverantwortlichkeit und Weisungsfreiheit

⁴⁷ BayObLG v. 27.3.2000, NJW 2000, 1647 (1647 f.).

⁴⁸ In diesem Punkt noch ablehnend: OLG Nürnberg vom 4.5.1999, NJW-RR 2000, 440 (440).

⁴⁹ Ritter, EuZW 2004, 33 (33).

⁵⁰ AGH Nordrhein-Westfalen, BRAK-Mitt. 2003, 186; Kopp, BRAK-Mitt. 2003, 187 (187).

⁵¹ So etwa BFH vom 11.3.2004, NJW 2004, 1971 (1974).

⁵² Dies kritisierend: Kempter/Kopp, NJW 2000, 3449 (3449); Muthers, NZG 2001, 930 (930 ff.).

⁵³ BGH v. 10.1.2005, NJW 2005, 1568 (1568 ff.).

⁵⁴ Kempter/Kopp, NZG 2005, 582 (584); Henssler, AnwBl 2005, 374 (374); Römermann, BB 2005, 1135 (1135); Passarge, AnwBl 2005, 769 (769 ff.).