

Formale Gesetzestreue versus Gerechtigkeit im Einzelfall

Anmerkungen zu den Urteilen zur Nicht-Zulassung einer Anwalts-GmbH & Co. KG*

Ass. jur Matthias Scharlipp, Berlin

Die Rechtsprechung der Zivilgerichte, wonach bei schweren Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Ersatz in Geld auch für immaterielle Schäden beansprucht werden kann, ist mit dem Grundgesetz vereinbar. Das hatte das Bundesverfassungsgericht in der berühmten Soraya-Entscheidung 1973 festgestellt (BVerfGE 34, 269) und die vor allem verfassungsrechtlich begründete Rechtsfortbildung des BGH ausgehend vom Herrenreiter-Fall aus dem Jahre 1958 (BGHZ 26, 349) gebilligt. Was das mit dem Anwaltsrecht zu tun hat? Sehr viel, wie die Entscheidungen des Bayerischen Anwaltsgerichtshofs, des Anwaltsenats des BGH und letztlich auch des Bundesverfassungsgerichts zur Nicht-Zulassung der Anwalts-GmbH & Co. KG zeigen. Anders als beim Schutz des Persönlichkeitsrechts hatten diesmal die Richter nicht die Kraft, der Berufsfreiheit zur Geltung zu verhelfen. Das kritisiert der Autor.

I. Einleitung

Bundesgerichtshof¹ und Bundesverfassungsgericht² haben (in Bestätigung des Bayerischen Anwaltsgerichtshofs)³ entschieden, dass die Rechtsanwaltskammer München bei der von einer sozietätsfähigen Freiberufler-GbR zur künftigen Berufsausübung angestrebten Zielrechtsform der GmbH & Co. KG weder verpflichtet ist, die Kommanditgesellschaft selbst noch deren Komplementär-GmbH als Rechtsanwalts-gesellschaft nach §§ 59 a ff. BRAO zuzulassen. Dies sogar, wenn alle beteiligten Kommanditisten und Gesellschafter Rechtsanwälte sind. Entsprechende Verpflichtungsklagen einer im Gründungsstadium befindlichen Kommanditgesellschaft (KG) und ihrer in das Handelsregister eingetragenen Komplementär-GmbH seien – so der BGH – zulässig, aber unbegründet, denn das Begehren scheitere bereits daran, dass „die KG nicht wirksam gegründet wurde“. Abschließend stellte das BVerfG fest, dass die Ablehnung der Zulassung keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, „solange der Vorgang, aus dem sich die angebliche Grundrechtsverletzung ergeben soll, nicht substantiiert dargelegt worden ist“.⁴

II. Würdigung der Rechtsprechung

Die Urteile des BayAGH und des BGH begegnen erheblichen Bedenken, da sie in ihren Entscheidungsgründen von heute zweifelhaften handels-, berufs- und verfassungsrechtlichen Wertungen ausgehen.

1. Auftrag zur Rechtsfortbildung

In Fällen von grundsätzlicher Bedeutung – wie dem vorliegenden – hätte es genügend Anlass und Ansatzpunkte für den BGH gegeben, seinem Auftrag zur Rechtsfortbildung, der sich §§ 124 Abs. 2 Nr. 3, 124 a V VwGO i. V. m. § 112 e BRAO entnehmen lässt, gerecht zu werden. Dass er diese Unerschrockenheit nicht aufbrachte, mag auch daran liegen, dass die beiden anwaltlichen Mitglieder des erkennenden Senats ihren Beruf in klassischen Unternehmensformen (GbR, PartG) ausüben. Bernd Rütters weist zu Recht darauf hin, dass Gerichte (wie auch andere Normsetzer) dazu neigen, „immer diejenigen Regelungen offener Rechtsfragen zu ‚finden‘, die ihren (weltanschaulich geprägten) Vorverständnissen entsprechen.“⁵

Eine unerschrockene Fortbildung des Rechts erscheint im Streitfall vor allem deshalb zulässig und geboten, weil sich die Wirtschafts- und Arbeitswelt seit einigen Jahren rechtlich und tatsächlich erheblich gewandelt hat⁶ und in der Folge heute beispielsweise im Bereich der Zulassung der freiberuflichen GmbH & Co. KG ein „modernes Berufsrecht vor den Mauern veralteten Handelsrechts“⁷ steht. Diese zutreffenden Feststellungen rechtfertigen aus meiner Sicht ohne weiteres die Annahme einer nachträglichen (sekundären) Regelungslücke, die sich immer dann auftut, „wenn sich die Verhältnisse seit dem Erlass des Gesetzes geändert haben“⁸ oder Rechtsnormen „durch den Wandel der Faktensituation oder der Wertungsgrundlagen unanwendbar werden.“⁹

Hiermit meine ich die weitreichenden Veränderungen im Berufsbild und beim Berufsrecht der wirtschaftsnahen Freien Berufe seit der Handelsrechtsreform des Jahres 1998, die uns in Gestalt eines zunehmenden Prozesses der Liberalisierung, Deregulierung und Harmonisierung auf europäischer und nationaler Ebene begegnen.

Ein weiteres Argument für die Zulässigkeit und Notwendigkeit einer Fortbildung des Rechts ergibt sich daraus, dass diese auf unser nationales Recht positiv einwirken würde, indem sie dazu beiträgt, die Folgen der zersplitterten Kompetenzzuweisung auf das Justiz-, Finanz- und Wirtschaftsministerium mit ihren in wichtigen Fragen uneinheitlichen Berufsrechten der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer auszugleichen.

* Im Einzelnen: BayAGH, Urteil vom 15.11.2010 (Az. BayAGH I – 1/10) in *AnwBl* 2011, 68 (Volltext *AnwBl Online* 2011, 13 ff.); BGH, Urteil vom 18.7.2011, S. 3 – Az. AnwZ (Brfg) 18/10, *AnwBl* 2011, 774 ff. und *BVerfG*, Beschluss vom 6.12.2011 – 1 BvR 2280/11, in *AnwBl* 2012, 192 ff.

1 BGH, Urteil vom 18.7.2011, S. 3 – Az. AnwZ (Brfg) 18/10, *AnwBl* 2011, 774 ff.

2 BVerfG, Beschluss vom 6.12.2011 – 1 BvR 2280/11, in *AnwBl* 2012, 192 ff.

3 BayAGH, Urteil vom 15.11.2010 (Az. BayAGH I – 1/10) in *AnwBl* 2011, 68 (Volltext *AnwBl Online* 2011, 13 ff.).

4 BVerfG, Beschluss vom 6.12.2011 – 1 BvR 2280/11, in *AnwBl* 2012, 192.

5 Rütters, NZA 2010, 6 (9); Rütters, *Rechtstheorie*, 4. Aufl. 2008, S. 382 ff.

6 vgl. Rütters, NZA 2010, 6 ff.

7 Schmidt, DB 2009, 271 (272).

8 Röhl / Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 634.

9 Rütters (o. Fußn. 5), S. 501.

Diese methodischen Ansatzpunkte übersieht der *BGH* gänzlich und sie werden meines Erachtens auch von *Martin Henssler* übersehen,¹⁰ der sich übrigens in der Folge – um dies vorwegzunehmen – zu einer vollständigen Verwerfung der §§ 105, 161 HGB und §§ 59 c Abs. 2, 59 a Abs. 1 BRAO als verfassungswidrig veranlasst sieht.¹¹ Ergänzend ist hier auch darauf hinzuweisen, dass heute bei den Analogievoraussetzungen in der Rechtstheorie mit beachtlichen Gründen auch der Standpunkt vertreten wird, dass auf das Bestehen einer *Regelungslücke* sogar gänzlich verzichtet werden kann und „allein auf Ähnlichkeit und Gleichbehandlung abzustellen“ ist.¹²

Zwar deutete der *BayAGH* in erster Instanz an, dass er „eine historische oder teleologische Auslegung des HGB“ in Erwägung gezogen hat, schließt eine solche Möglichkeit dann aber doch letztlich aus, weil nach seiner Ansicht lediglich die Möglichkeit verbleibt, „sich de lege ferenda um eine Änderung zu bemühen.“¹³ Gerade dies ist – so wird der vorliegende Beitrag zeigen – jedoch rechtlich nicht zwingend geboten.

2. Handelsrecht und Anwaltsrecht

Als Folge dieser verfehlten Vorstellung, die sich auch im Urteil des *BGH* zeigt, haftet diese Rechtsprechung in ihrer tragenden Begründung an einer bedenklichen, rein formalen Gesetzestreue an. Sie begründet dies mit den Hinweisen, dass die KG „derzeit schlichtweg tatbestandlich nicht gewählt werden“ könne, weil „in keiner Norm die anwaltliche Tätigkeit als Gewerbe definiert“ sei und zudem § 2 Abs. 2 BRAO für den Beruf des Rechtsanwalts bestimme, dass „seine Tätigkeit kein Gewerbe ist.“¹⁴ Dem kann jedoch entgegen gehalten werden, dass wenn es darauf entscheidend ankommen würde, heute weder die GmbH noch die AG als Unternehmensform den Rechtsanwälten zur Verfügung stünde. Zudem kann der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) an keiner Stelle ein ausdrückliches Verbot des Zusammenschlusses von Rechtsanwälten in diesen oder anderen Unternehmensformen entnommen werden.¹⁵ Vielmehr „bekennt sich die BRAO zum Grundsatz der Organisationsfreiheit der Freien Berufe“, worauf *Martin Henssler* zutreffend hinweist.¹⁶

Diese Rechtsprechung stellt zusätzlich die unzutreffende Behauptung auf, dass „der Gesetzgeber alle Personengesellschaften gleich behandelt“¹⁷, indem er für sie eine Zulassung nicht ausdrücklich vorsieht. *Karsten Schmidt* dagegen hebt zu Recht die besondere Aufgabe eines modernen Berufsrechts hervor, sich von „vermeintlichen Begrenzungen des handelsrechtlichen Gesellschaftsrechts freizumachen.“¹⁸

Eine *analoge* Anwendung weiterführender handelsrechtlicher Grundsätze auf den Streitfall war schon deshalb nahe liegend, weil dabei auf neuere europäische und nationale gesetzgeberische Wertentscheidungen zurückgegriffen werden kann, die zu deutlich mehr Gerechtigkeit bei der Frage einer Zulassungsfähigkeit von weiteren Unternehmensformen als Rechtsanwalts-Gesellschaft führen.

Ich möchte hier zunächst die 7. WPO-Novelle vom 7.9.2007 und das 8. Steuerberatungsänderungsgesetz vom 8.4.2008 anführen, die die freiberufliche (GmbH & Co.-)KG als eingetragene Handelsgesellschaft nach § 27 Abs. 2 WPO und nach § 49 Abs. 2 StBerG unter der Voraussetzung zugelassen haben, dass sie „wegen ihrer Treuhändertätigkeit als Handelsgesellschaften in das Handelsregister eingetragen worden sind.“ Wenn der *BayAGH* der Klägerin Ziff. 1 (KG) hier entgeghält, dass die von ihr beabsichtigte Ausübung

solcher gewerblicher Tätigkeiten, „die von Rechtsanwälten üblicherweise ausgeübt werden (zum Beispiel Treuhändertätigkeiten, Testamentsvollstreckungen, Insolvenzverwaltungen u. ä.)“ für ihr Unternehmen „jedenfalls nicht prägend sind“ und „regelmäßig eine Sozietät im Schwerpunkt keine gewerbliche, sondern eine freiberufliche Tätigkeit zum Gegenstand haben wird“, so ist dieses Argument deshalb nicht stichhaltig, weil Wirtschaftsprüfer nach § 27 Abs. 2 WPO und Steuerberater nach § 49 Abs. 2 StBerG gleichfalls „nur im Hinblick auf eine Nebentätigkeit für das Handelsrecht optieren können und dann durch die Eintragung der ganzen Sozietät belohnt werden.“¹⁹ Beide Vorschriften belegen nur, worauf *Karsten Schmidt* zu Recht hinweist, „dass der Gesetzgeber bei ihrer Schaffung in den Jahren 1961 bzw. 1975 davon ausging, dass Freiberufler-Personengesellschaften in dieser Rechtsform nicht eintragbar sind“ und demnach „die handelsrechtliche Unzulässigkeit Prämisse, nicht Regelungsziel der Sonderbestimmungen war.“²⁰

Hinzuweisen ist auch auf eine Regelung betreffend die (deutsche) Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), die als Personengesellschaft gleichwohl Formkaufmann ist, weil es § 1 EWIV-AusfG grundsätzlich vorsieht, auf die EWIV deutsches OHG-Recht anzuwenden und diese nach § 3 Abs. 2 HRV in Abteilung A des Handelsregisters einzutragen, „obwohl der Betrieb eines Handelsgewerbes einer EWIV geradezu untersagt ist.“²¹ In dieser Normenreihe ist ebenfalls zu nennen das Kapitalgesellschaften und Co.-Richtlinien-Gesetz vom 24.2.2000²² und die ihm zugrunde liegende EU-GmbH & Co.-Richtlinie (90/605/EWG), die es den Gerichten heute ermöglichen, die GmbH & Co. KG nach denselben Regeln zu behandeln wie Kapitalgesellschaften.²³

Nach all dem kann man deshalb mit guten Gründen weiterhin für die grundsätzliche berufsrechtliche Zulassungsfähigkeit und handelsrechtliche Eintragungsfähigkeit einer Anwalts-GmbH & Co. KG eintreten – und zwar unter zusätzlichem Rückgriff auf einen eleganten Begründungsansatz aus der jüngeren höchstrichterlichen Rechtsprechung:

10 *Henssler*, in FS für Peter Kreutz (2010), S. 635 (637).

11 *Henssler* (o. Fußn. 10), S. 635 (655).

12 *Röhl / Röhl* (o. Fußn. 10), S. 635 m.w.N.

13 *BayAGH*, Urteil vom 15.11.2010 (Az. BayAGH I – 1/10) in *AnwBl* 2011, 68 (Volltext *AnwBl Online* 2011, 13 ff.).

14 *BayAGH* in *AnwBl Online* 2010, 13 (19) u.a.

15 *BayObLG*, NJW 1995, 199 (200).

16 *Henssler*, (o. Fußn. 12), S. 639.

17 *BayAGH* in *AnwBl Online* 2010, 13 (19).

18 *Schmidt*, DB 2009, 271 (274).

19 *Schmidt*, in FS für Peter Kreutz (2010), S. 837 (845).

20 *Schmidt*, (o. Fußn. 19), S. 846.

21 *Schmidt*, (o. Fußn. 19), S. 839.

22 *BGBI.* I, S. 154 vom 8.3.2000; Art. 48 EGHGB.

23 *Grunewald*, in *MüKo* zum Handelsgesetzbuch, § 161 HGB, Rn. 53 (2. Aufl. 2007).

Das *Bundesarbeitsgericht* hat sich in seinem das Arbeitskampfrecht fortbildenden Urteil vom 19.6.2007 zur Zulässigkeit eines Unterstützungsstreiks auf den in § 297 Abs. 3 S. 1 HGB normierten *Einheitsgrundsatz* gestützt und wegen ihrer wirtschaftlichen Verflechtung mehrere Unternehmen „trotz ihrer rechtlichen Selbständigkeit“ als ein einziges Unternehmen behandelt. Das unkonventionelle Urteil ist von manchem Arbeitsrechtler zwar kritisiert worden, weil der Streikgegner mit Arbeitskampschäden belastet werde, auf deren Abwendung oder Minderung er keinen Einfluss habe, nicht aber deswegen, weil das BAG in seiner Begründung den handelsrechtlichen *Einheitsgrundsatz* bemüht hat.²⁴

Die Übertragung dieser gesetzgeberischen Wertentscheidung aus § 297 Abs. 3 S. 1 HGB auf den vorliegenden Fall der Zulassungs- und Eintragungsfähigkeit einer GmbH & Co. KG liegt nahe und wirft ein neues Licht im Hinblick auf die Frage nach dem zulässigen Gesellschafterkreis (§ 59 e in Verbindung mit § 59 a BRAO) und die Beteiligungsmöglichkeiten (§ 59 c Abs. 2 BRAO) auf Seiten ihrer Komplementär-GmbH.

Umgekehrt ermöglicht es dieser Ansatz, die Eigenschaft als Handelsgesellschaft und als Formkaufmann (§ 13 Abs. 3 GmbHG, § 6 Abs. 1 HGB) der KG zugute kommen zu lassen sowie erhobenen handelsrechtlichen Einwänden damit zu begegnen, dass eine Freiberufler-GmbH & Co. KG wegen §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 HGB nicht in das Handelsregister eingetragen werden könne, weil sie keine gewerbliche Tätigkeit ausübe und gegebenenfalls nach § 395 Abs. 2 FamFG von Amts wegen zu löschen sei.²⁵ Hier muss auch fürsorglich darauf hingewiesen werden, dass *Karsten Schmidt* seine unkonventionelle Auslegung des § 105 Abs. 2 Alt. 2 HGB und dessen analoge Anwendbarkeit auf freiberufliche Personengesellschaften²⁶ inzwischen mit weiteren Gründen überzeugend ausgebaut hat.²⁷

Ob im Hinblick auf § 297 Abs. 3 S. 1 HGB in vorliegendem rechtskräftig entschiedenem Streitfall die GmbH & Co. KG (Klägerin Ziff. 1) und ihre Komplementär-GmbH (Klägerin Ziff. 2) überhaupt einen Konzern bilden, hängt maßgeblich vom Bestehen eines Mutter-Tochter-Verhältnisses ab, wobei je nach konkreter Ausgestaltung im Einzelfall die Komplementär-GmbH (vgl. § 290 HGB) oder die KG (vgl. § 264 a Abs. 1 in Verbindung mit § 290 HGB) die Position des Mutterunternehmens einnehmen kann.²⁸ Im vorliegenden Fall einer *echten GmbH & Co. KG* (mit personen- und beteiligungsgleichen Kommanditisten und GmbH-Gesellschaftern sowie ausgeschlossenem GmbH-Stimmrecht²⁹) ist davon auszugehen, dass die Komplementär-GmbH das Mutterunternehmen ist und insoweit die Voraussetzungen des § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB vorliegen.³⁰

Das *Bundesarbeitsgericht* stellte sich in seiner Entscheidung im Hinblick auf § 297 Abs. 3 S. 1 HGB aber zusätzlich auf den Standpunkt, dass eine „enge wirtschaftliche Verbindung außer durch konzernrechtliche Bindungen“ auch auf andere Weise, nämlich „durch Produktions-, Dienstleistungs- oder Lieferbeziehungen entstehen kann.“³¹ Der Einheitsgrundsatz jedenfalls bringt im Ergebnis völlig richtig die Perspektive der Konzernspitze und ihren beherrschenden Einfluss zur Geltung und wird rechtstechnisch durch die *Fiktion* eines *rechtlich* einheitlichen Unternehmens umgesetzt.³²

3. Mitbestimmungsrecht

Ähnliche für unseren Fall ertragreiche gesetzgeberische Wertungen finden sich zudem im Recht der Unternehmensmitbestimmung in § 2 Abs. 1 DrittelbG und §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 MitbestG 1976. Hier erfährt der *Grundsatz der Mitbestimmungsfreiheit von Personengesellschaften* für die GmbH & Co. KG (innerhalb und außerhalb eines Konzerns) beachtliche Durchbrechungen, wobei hier der gesetzgeberische Grund für die unternehmensübergreifende Einbeziehung von Arbeitnehmern bei der Aufsichtsratswahl „allgemein in der rechtlichen und wirtschaftlichen Austauschbarkeit der GmbH & Co. KG mit der GmbH gesehen wird.“³³

4. Verfassungsrecht

Ein Rückgriff auf diese gesetzgeberischen Wertungen zur Lösung des vorliegenden Streitfalls ist aus meiner Sicht jedoch auch verfassungsrechtlich möglich und unter verschiedenen Aspekten dringend geboten. Es ist an Betrachtung der aufgewendeten Zeit und Mittel bedauerlich, dass es den Beschwerdeführern nicht gelungen ist, in ihrer gegen das Urteil des *BGH* erhobenen Verfassungsbeschwerde den Vorgang, aus dem sich die behauptete Grundrechtsverletzung ergeben soll, substantiiert darzulegen.³⁴ Was gewiss unproblematisch gewesen wäre, wenn sich auch die betroffenen natürlichen Personen (Gesellschafter) an den Verfahren beteiligt hätten.

Martin Hennsler vertritt hier übrigens den Standpunkt, dass eine vollständige Verwerfung der §§ 105, 161 HGB und § 59 c Abs. 2, 59 a I BRAO als verfassungswidrig zu erfolgen habe. Dies ist jedoch nicht erforderlich und entspricht meines Erachtens auch nicht dem *Grundsatz der Normerhaltung* als Ausprägung des Prinzips der Gewaltentrennung, sowie den Gedanken von Rechtssicherheit und Rechtsverkehrsschutz.³⁵

Für die Anwendung des *Einheitsgrundsatzes* im Wege systemkonformer Auslegung streitet hier vor allem Art. 3 Abs. 1 GG und zudem der Umstand, dass es sich bei der gesellschaftsrechtlichen Mischform einer GmbH & Co. KG, die wegen des gemeinsamen Elements einer Haftungsbeschränkung mit der englischen Limited Liability Partnership (LLP)

24 *Brox/Rüthers/Henssler*, Arbeitsrecht (18. Aufl. 2011), S. 269 f.

25 *Tersteegen*, NZG 2010, 651 (653, 654).

26 *Schmidt*, DB 2009, 271 ff; *ders.* DB 1998, 61 ff.

27 *Schmidt* (o. Fußn. 19), S. 837 ff.

28 Vgl. *Zimmermann*, in: *Hesselmann/Tilmann/Mueller-Thuns*, Handbuch der GmbH & Co. KG (19. Aufl. 2005), § 9 Rn. 95 ff.

29 Diese Erscheinungsform der klägerischen GmbH & Co. KG wurde nach Auskunft ihres Prozessvertreters gegenüber dem Verfasser gewählt.

30 *Zimmermann* (o. Fußn. 28), § 9 Rn. 96.

31 BAG NZA 2007, 1055 (1061).

32 *Busse von Colbe*, in *MüKo zum Handelsgesetzbuch*, § 297 HGB, Rn. 49 (2. Aufl. 2008).

33 *Riegger*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (2. Band, 2. Aufl. 2004), § 53 Rn. 2.

34 *BVerfG*, Beschluss vom 6.12.2011 – 1 BvR 2280/11, in *AnwBI* 2012, 192; vgl. *Gaier*, in *AnwBI* 2010, 73 (78).

35 Dazu *Rüthers* (o. Fußn. 5), S. 470 m.w.N.

durchaus vergleichbar ist, nicht um eine reine Personengesellschaft handelt, so dass von einer eindeutig ablehnenden Wertentscheidung des Gesetzgebers nicht die Rede sein kann. Die Parallelität zur LLP, die auch als KG ohne Komplementär bezeichnet werden kann, sowie die Tatsache, dass viele international aufgestellte Großkanzleien wie *Freshfields, Linklaters, Hogan Lovells, Wilmer Hale* und *White & Case* in Deutschland seit Jahren bereits unbeanstandet als LLP auftreten, öffnet auch eine wichtige grenzüberschreitende Perspektive für den vorliegenden Fall, die aktuelle Rechtsprechung nicht ausreichend berücksichtigt hat.

Martin Henssler hat in überzeugender Weise dargelegt, dass die Ablehnung der Zulassung einer Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) im „Vergleich mit der Rechtslage bei Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern“³⁶ unhaltbar ist, wenn man bedenkt, dass das *Bundesverfassungsgericht* auf dem Standpunkt steht, dass sich diese wirtschaftsnahen Freien Berufe „nach Stellung und Organisation“ aber auch in anderer Weise „gleichen“.³⁷

Dazu kommt, dass auf den erwähnten Einheitsgedanken sich ausweislich des erstinstanzlichen Urteils bei ihren Anträgen im Zulassungsverfahren sowie im Klageverfahren auch der Prozessbevollmächtigte der KG (Klägerin Ziff. 1) ausdrücklich mit dem Hinweis berief, dass „nur eine einzige Rechtsanwaltsgesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG angestrebt wird“ und „sie nicht zwei selbständige Rechtsanwaltsgesellschaften wolle.“

Hier begegnen den Urteilen des *BayAGH* und des *BGH* auch weitere Bedenken bezüglich des Grundrechts der Klägerin Ziff. 1 auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes aus Art. 20 Abs. 3 GG. Denn für sie werden unzumutbare Barrieren zur Verfolgung ihrer unternehmerischen Rechte errichtet, weil sie im kammerlichen Zulassungsverfahren und im gerichtlichen Klageverfahren entgegen der von ihr angestrebten Zielrechtsform als GmbH & Co. KG berufsrechtlich als mehrere Rechtssubjekte behandelt wird.

Daraus folgen nicht nur eine deutlich kompliziertere Verfahrensführung sondern auch eine nicht unerhebliche zusätzliche Kostenlast hinsichtlich der kammerlichen Antragskosten und ein deutlich höheres Kostenrisiko hinsichtlich etwaiger von ihr zu tragender Prozesskosten. In seinem Beschluss vom 1. Dezember 2010 hat das *BVerfG* festgestellt, dass „auch der Richter die Tragweite des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz beachten muss“ und „das Verfahrensrecht so auszulegen und anzuwenden hat, dass er mit diesen Grundsätzen nicht in Widerspruch gerät“, etwa indem einer Prozesspartei „eine übersteigerte Obliegenheit“ zur Verfolgung ihrer Rechte auferlegt wird.³⁸ Dies hat meines Erachtens sowohl die Rechtsanwaltskammer München als die mit der Sache nachfolgend befassten Gerichte außer Acht gelassen.

36 *Henssler* (o. FuBn. 10), S. 650 f.

37 *BVerfG*, NJW 2611, 2612.

38 *BVerfG*, NZA 2011, 354 (355) m.w.N.

39 *Informationsdienst des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln – iwd*, 1996 (Heft Nr. 43, S. 2).

40 *Mueller-Thuns*, in: *Hesselmann/Tilmann/Mueller-Thuns* (o. FuBn. 28), § 2 Rn. 1.

41 Vgl. *BVerfGE* 34, 269.

IV. Schluss

Die Restrukturierung von Unternehmen gehört heute zum wirtschaftsrechtlichen Tagesgeschäft, denn die Arbeits- und Unternehmensorganisation ist für ihre Wettbewerbsfähigkeit ein zentraler Faktor. Es verwundert deshalb nicht, dass deutsche und amerikanische Topmanager mehrheitlich Restrukturierungen als einen kontinuierlichen Anpassungsprozess ansehen.³⁹ Das deutsche Handels- und Berufsrecht tut deshalb gut daran, alle denkbaren Ressourcen auszuschöpfen, um die wirtschaftsnahen Freiberufler nicht weiter zu benachteiligen und auch ihnen die Rechtsform der GmbH & Co. KG zur Verfügung zu stellen, denn mit ihr „verbindet sich die Vorstellung von Haftungsbeschränkung und Steuervorteil“ und ihre Strukturelemente aus Kapital- und Personengesellschaft lassen sie „geradezu als unentbehrliches Gestaltungsmittel erscheinen.“⁴⁰

Dieses Ziel erscheint – bei sorgfältiger Prozessführung – trotz der jüngst hierzu ergangenen Rechtsprechung auch heute noch realisierbar, und es bleibt zu hoffen, dass sich auch künftig Kläger finden werden, die versuchen werden, ihre Rechte ggf. auch durch Anrufung des EuGH durchzusetzen. „Die Alternative, eine Regelung durch den Gesetzgeber abzuwarten, kann nach Lage der Dinge nicht als verfassungs- bzw. europarechtlich geboten erachtet werden.“⁴¹



Matthias Scharlipp, Berlin

Der Autor ist Geschäftsführer am Institut für Anwaltsrecht der Humboldt-Universität zu Berlin und Mitarbeiter von Prof. Dr. Reinhard Singer (Humboldt-Universität).

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.