

BRAO-Reform: Welche Rechtsfragen im Moment die Praxis beschäftigen?

Zur Zulassungs- und Versicherungspflicht und zu den Rechtsfolgen bei deren Verletzung

Dr. iur. Hermann Wilhelmer, Wien

Die große BRAO-Reform ist ein Meilenstein. Das seit dem 1. August 2022 geltende neue Recht bringt jedoch bei näherer Betrachtung des Gesetzestextes und der Gesetzesbegründungen – wie jede umfassende Neuordnung des Rechts – auch Unklarheiten und Inkonsistenzen mit sich. Soweit die BRAO-Reform Fragen im Zusammenhang mit dem Berufshaftpflichtversicherungsschutz betrifft, werden nachfolgend ausgewählte Rechtsfragen einer weiteren Diskussion unterzogen, die in der Praxis kontrovers erörtert werden. Der nachfolgende Beitrag geht auch auf eine vom Gesetzgeber geplante Gesetzesnovelle zur BRAO ein, in deren Rahmen insbesondere eine offene (strittige) Rechtsfrage zur pflichtversicherungskonformen Jahreshöchstleistungsmaximierung bei ausländischen Berufsausübungsgesellschaften rechtsklärend geregelt werden soll.

I. Fragen im Zusammenhang mit der Zulassungspflicht von Berufsausübungsgesellschaften

1. Sind alle Berufsausübungsgesellschaften zulassungspflichtig?

Per 1. August 2022 wurden haftungsbeschränkte und interprofessionelle Berufsausübungsgesellschaften zulassungspflichtig. Spätestens bis zum 1. November 2022 hat jede zulassungspflichtige Berufsausübungsgesellschaft einen entsprechenden Zulassungsantrag bei der zuständigen Rechtsanwaltskammer zu stellen. Obwohl § 59f Abs 1 BRAO n.F. vom Grundsatz der Zulassungspflicht aller Berufsausübungsgesellschaften ausgeht, sieht § 59f Abs. 1 Satz 2 BRAO n.F. wesentliche Ausnahmen hierzu vor. Nicht zulassungspflichtig sind alle nicht haftungsbeschränkten Berufsausübungsgesellschaften, sofern darin (nur) Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte oder Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte gemeinsam mit Berufsangehörigen vergleichbaren Berufsrechts (siehe § 59f Abs 1 Satz 2 mit Verweis auf § 59c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BRAO n.F.), also mit Patentanwälten, Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern oder vereidigten Buchprüfern, gemeinschaftlich berufsausübend tätig werden.¹

Zulassungspflichtig sind (als Berufsausübungsgesellschaften) hingegen alle Kapitalgesellschaften, haftungsbeschränkte Personengesellschaften, interprofessionelle Gesellschaften mit Vertretern freier Berufe gemäß § 1 Abs. 2 PartGG, die bisher nicht sozietätsfähig waren, sowie alle ausländischen Berufsausübungsgesellschaften gemäß § 207a BRAO n.F. unabhängig von deren Rechtsform.² Mit anderen Worten: Die bisher klassische, rein anwaltliche, nicht haftungsbeschränkte

Personengesellschaft (als GbR oder PartG) beziehungsweise die bisherige klassische, interprofessionelle, nicht haftungsbeschränkte Personengesellschaft aus Rechtsanwälten, Patentanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern, also das Gros der Berufsausübungsgesellschaften, ist weiterhin nicht zulassungspflichtig.³

Richtigerweise ist in der Praxis daher nur eine „Minderheit“ der Berufsausübungsgesellschaften zulassungspflichtig.⁴ In der Diskussion um die BRAO-Reform ist jedoch der Eindruck zu gewinnen, alle Berufsausübungsgesellschaften wären zulassungspflichtig. Manche Stimmen sprechen (irreführend) sogar davon, „nahezu alle Berufsausübungsgesellschaften“ würden zulassungspflichtig werden. Empirisch gesehen sind hingegen nur circa 20 Prozent der bestehenden Berufsausübungsgesellschaften zulassungspflichtig (circa 18 Prozent entfallen dabei auf PartGmbBs und circa ein Prozent auf ausländische Berufsausübungsgesellschaften wie UK/US-LLPs).⁵

2. Droht der Entfall der Rechtsdienstleistungsbefugnis oder des Haftungsprivilegs im Fall der Nichtzulassung zulassungspflichtiger Berufsausübungsgesellschaften?

Bis spätestens 1. November 2022 muss von zulassungspflichtigen Berufsausübungsgesellschaften ein entsprechender Zulassungsantrag bei den zuständigen Rechtsanwaltskammern gestellt werden (§ 209a Abs. 2 BRAO n.F.). Sollte diese Frist versäumt werden, stellen einige Stimmen in der Literatur in den Raum, zulassungspflichtigen Berufsausübungsgesellschaften könnte der Entzug der Rechtsdienstleistungsbefugnis (nicht nur der Postulationsfähigkeit) drohen.⁶ „Minderschwer“ wird vorgebracht, die PartGmbB könne bei Nichtzulassung ihres Haftungsprivilegs verlustig gehen und auf eine PartG zurückgestuft werden.⁷

Beide Befürchtungen beziehungsweise in den Raum gestellten Rechtsfolgen einer Nichtzulassung überzeugen (insbesondere mit Blick auf das Konzept der BRAO-Reform) nicht. Das Recht zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch Berufsausübungsgesellschaften (geregelt in § 59k BRAO n.F.) ist nach dem klaren gesetzgeberischen Willen von der Postulationsfähigkeit (diese ist in § 59l BRAO n.F. geregelt) sowie von der Frage der Zulassungspflicht und der Führung von Zulassungsverfahren (siehe dazu die §§ 59f und 59g BRAO n.F.) zu unterscheiden. Dies entspricht auch schon der bisherigen Rechtslage, da etwa eine (UK-)LLP (vor dem 1. August 2022) zwar rechtsdienstleistungsbefugt, nicht aber postulationsfähig war.⁸ Der Gesetzgeber anerkennt daher auch weiterhin, dass sich die Rechtsdienstleistungsbefugnis bei der GbR, PartG oder PartGmbB wie bisher schon von den in ihr tätigen, befugten Gesellschaftern ableitet. Diese abgeleitete Rechtsdienstleistungsbefugnis zugunsten der nunmehr selbstständigen Berufsausübungsgesellschaften wird vom Gesetzgeber in

1 Siehe Christoph, AnWB 2021, 290.

2 Ebd.

3 Ebd.

4 Siehe Kilian, NJW 2021, 2385.

5 Siehe Kilian, AnWB 2021, 356-357; ders, AnWB 2021, 478-479; ders, AnWB 2021, 294-295.

6 Siehe Zimmermann/Dörne, AnWB Online 2022, 319, 320.

7 Siehe Zimmermann/Dörne, AnWB Online 2022, 319, 320.

8 Siehe dazu nur Henssler, NJW 2021, 503 ff.

den Gesetzesmaterialien (weiterhin) ausdrücklich anerkannt.⁹ Der Gesetzgeber spricht mit Blick auf § 59k BRAO sogar von einer bloß klarstellenden (und insofern deklaratorischen) Regelung.¹⁰ § 59l BRAO n.F. dehnt nach dem gesetzgeberischen Willen die Postulationsfähigkeit hingegen über den bisherigen § 59l BRAO a.F. sowie über den bisherigen § 7 Abs. 4 PartGG auf alle Berufsausübungsgesellschaften (konstitutiv) aus.¹¹ Der Entfall der Berufsbefugnis gemäß § 209a BRAO n.F. bezieht sich (materiell gesehen) in diesem Ausmaß daher nur auf die Postulationsfähigkeit, die durch § 59l BRAO n.F. (im Fall der Zulassung erst) konstitutiv begründet wird oder die – wie im Fall der PartG – bisher schon bestand, nicht jedoch auf die (deklaratorische Regelung zur) Rechtsdienstleistungsbefugnis gem § 59k BRAO n.F. Die Postulationsfähigkeit der Berufsausübungsgesellschaft etwa in Form einer LLP, die sich mangels Zulassung nicht konstituiert, kann überdies durch Nichtzulassung logischerweise nicht entfallen.

Anwaltsgerichtliche Maßnahmen gemäß § 113 BRAO n.F. i.V.m. § 114 BRAO n.F. (wie etwa der Entzug der Rechtsdienstleistungsbefugnis) richten sich zudem nur gegen bereits zugelassene Berufsausübungsgesellschaften, nicht gegen noch nicht zugelassene Berufsausübungsgesellschaften.¹² Pönalisiert werden können, wenn überhaupt, gemäß § 113 Abs. 1 BRAO n.F. (dann) nur die Gesellschafter einer zulassungspflichtigen Gesellschaft. Gemäß § 113 Abs. 1 BRAO n.F. könnte die Rechtsanwaltskammer den Gesellschaftern einer zulassungspflichtigen Gesellschaft (theoretisch) ein Berufsverbot erteilen. Dieses würde allenfalls mittelbar gegenüber der Berufsausübungsgesellschaft wirken. Ungeachtet dessen ist aber schon fraglich, ob angesichts der klarstellenden Regelung des Gesetzgebers zur abgeleiteten Rechtsdienstleistungsbefugnis der Berufsausübungsgesellschaft gemäß § 59k BRAO n.F. ein Berufsverbot gegenüber den Gesellschaftern – und damit allenfalls mittelbar gegenüber einer zulassungspflichtigen Berufsausübungsgesellschaft – überhaupt verhältnismäßig (und damit gesetzes- und verfassungskonform) wäre.

Warum die PartG mbB mangels Zulassung ihr Haftungsprivileg verlieren sollte,¹³ bleibt ebenfalls rätselhaft. Das Haftungsprivileg der PartG mbB hängt (nur) von der Vorhaltung einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung ab (siehe bisher § 51a BRAO a.F. in Verbindung mit § 8 Abs. 4 PartGG; nunmehr § 59o Abs. 1 BRAO n.F.).¹⁴ Gerade die Systematik des BRAO-Reform-Gesetzes zeigt mit Deutlichkeit, dass (auch) zwischen Zulassungspflicht (§ 59f BRAO n.F.) und Versicherungspflicht (§ 59n BRAO n.F.) zu unterscheiden ist. Es werden zwar alle Berufsausübungsgesellschaften versicherungspflichtig, nicht jedoch zulassungspflichtig. Insofern kann die Nichtzulassung keine Auswirkungen auf den Versicherungsschutz haben, der wiederum für die Etablierung des Haftungsprivilegs der PartG mbB konstitutiv ist. Lässt sich die PartG mbB als haftungsbeschränkte Berufsausübungsgesellschaft trotz Zulassungspflicht nicht zu, bleibt ihr bei Vorhaltung der entsprechenden Pflichtversicherung gleichwohl das Haftungsprivileg erhalten.

Ungeachtet dieser Fragestellungen sollte jede zulassungspflichtige Berufsausübungsgesellschaft selbstverständlich ihre Zulassung beantragen. Andernfalls würde schon aus Reputationsgründen eine nicht zu vertretende Berufsrechtsverletzung beangangen werden.

3. Zulassungsanträge und Zulassungsverfahren bis spätestens 1. November 2022

Zulassungspflichtige Berufsausübungsgesellschaften können sich die entsprechenden Zulassungsanträge bereits seit Sommer 2022 von den diversen Homepages der Rechtsanwaltskammern herunterladen.¹⁵ Die Zulassungsanträge inklusive Anhänge sind recht ausführlich und verständlich gestaltet worden¹⁶ und werfen in der Praxis – abgesehen von den Zulassungsvoraussetzungen ausländischer Berufsausübungsgesellschaften¹⁷ – bisher kaum echte Probleme auf.¹⁸ Die Maßnahmen zur Zulassung der Berufsausübungsgesellschaft unter Verwendung der Zulassungsbögen sollten, sofern noch nicht geschehen, möglichst bald vor dem 1. November 2022 abgeschlossen, und Zulassungsanträge spätestens bis dahin bei der Rechtsanwaltskammer gestellt werden. Ob und inwieweit die Rechtsanwaltskammern eine Nachfrist darüber hinaus zulassen wird, wird die Praxis zeigen.

Sollte die Zulassung der Berufsausübungsgesellschaft durch die Rechtsanwaltskammern nach fristgerechter Antragstellung nicht rechtzeitig bis zum 1. November 2022 wirksam erfolgen, besteht bis zur tatsächlichen Zulassung die Fiktion der aufrechten Rechtsdienstleistungs- und Postulationsfähigkeit (direkt) zugunsten der Berufsausübungsgesellschaft (§ 209a Abs. 2 Satz 2 BRAO n.F.).

Zum Teil wird kolportiert, die Rechtsanwaltskammern würden für zugelassene Berufsausübungsgesellschaften unterschiedlich hohe Verwaltungsgebühren beziehungsweise Kammermitgliedsbeiträge vorsehen. Richtigerweise wird wohl

9 Siehe BT-Drs. 19/27670 zu § 59k BRAO n.F., S. 195: „Die Rechtsdienstleistungsbefugnis von anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften ist bereits bislang durch die höchstrichterliche Rechtsprechung anerkannt (BGH, Urteil vom 9.12.2010, IX ZR 44/10, Rn. 6 ff. – zitiert nach juris)“. S. ebenso Hartung/Uwer, EuZW 2020, 1007 ff.

10 Ebd.: „Der Norm (des § 59k BRAO, Anmerkung des Autors) kommt daher lediglich klarstellende Funktion zu“.

11 BT-Drs. 19/27670 zu § 59l BRAO n.F., S. 196.

12 Dies anerkennen auch Zimmermann/Dörne, AnwBl Online 2022, 319.

13 Siehe FN 7.

14 Kilian, AnwBl 2021, 228 ff.; Diller, AnwBl 2021, 475 weist darauf hin, dass § 8 Abs. 4 PartGG und § 59o Abs. 1 BRAO n.F. nicht recht zusammenpassen, da § 8 Abs. 4. PartGG regelt, dass eine persönliche Haftung entfällt, wenn eine bestimmte Mindestversicherungssumme eingedeckt ist, während § 59o Abs. 1 BRAO n.F. den rechtsformbedingten Ausschluss der Haftung bereits voraussetzt und erst als Folge davon eine Mindestversicherungssumme in Höhe von 2,5 Millionen Euro anordnet.

15 Siehe z.B. <https://www.rak-dus.de/zulassungspflicht-fuer-partg-mbb-ab-01-08-2022/>, <https://www.rak-hamburg.de/mitglieder/formulare/berufsausuebungsgesellschaften/>; https://www.rak-muenchen.de/fileadmin/downloads/01_Rechtsanwaeltle/Zulassung_und_Mitgliedschaft/Zulassung/BAG/Zulassungsantrag_BAG.pdf; https://www.rak-koeln.de/content/download/2872/44682/version/6/file/AntragZ12_auf-Zulassung-einer-Berufsausuebungsgesellschaft_NEU.pdf.

16 Man hätte beim Fragenkatalog zu Vereinfachungszwecken allenfalls noch etwas stärker zwischen der Zulassung inländischer Berufsausübungsgesellschaften und ausländischer Berufsausübungsgesellschaften unterscheiden können.

17 Siehe dazu Hauptmann/Hartung, AnwBl Online 2022, 376 ff.

18 Diskutiert wird allerdings, ob und inwieweit Rechtsanwaltskammern in den Gesellschaftervertrag der Berufsausübungsgesellschaft Einsicht nehmen dürfen, um zu prüfen, ob dort entsprechende Regelungen zum Ausschluss von gegen Berufsrecht verstoßende Berufsträger enthalten sind. Analog zur Zulassung von ausländischen Berufsausübungsgesellschaften (siehe Hauptmann/Hartung, AnwBl Online 2022, 383) sollte hierbei das Einsichtsrecht der Rechtsanwaltskammern auf die relevanten Passagen im Gesellschaftsvertrag beschränkt sein. Einen weiteren Diskussionspunkt stellt die Frage dar, wer bei einer Personengesellschaft als Geschäftsführungs- beziehungsweise Aufsichtsorgan anzusehen ist und wer gemäß § 60 Abs. 2 Nr. 3 BRAO n.F. Mitglied einer Rechtsanwaltskammer wird. Zudem wird von einigen Rechtsanwaltskammern die Auffassung vertreten, dass bei einer ausländischen Berufsausübungsgesellschaft gemäß § 31 Abs. 4 Nr. 6 BRAO n.F. alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter weltweit in das amtliche Anwaltsverzeichnis einzutragen sind, was einen sehr hohen Aufwand begründet.

– wie dies auch der Gesetzgeber annimmt – von jenen Gebühren beziehungsweise Kammerbeiträgen auszugehen sein, wie sie bei der Zulassung der Anwalts-GmbH praktiziert wurden/werden.¹⁹ Manche Rechtsanwaltskammern dürften nach unserer Einschätzung mit Blick auf den Zulassungsvollzug und die damit verbundenen Zulassungskriterien allerdings liberaler sein als andere. Insofern kann es entscheidungsrelevant sein, bei welcher Rechtsanwaltskammer sich eine Berufsausübungsgesellschaft zulässt, sofern diese Frage gestaltbar ist.

II. Zur Einordnung von Berufsausübungsgesellschaften als haftungs- oder nichthaftungsbeschränkte Gesellschaft

1. KG und GmbH & Co KG

Gemäß § 59o Abs. 1–3 BRAO n.F. beträgt die Pflichtversicherungssumme für nicht haftungsbeschränkte Gesellschaften (unter anderem für die GbR, oHG, PartG) 0,5 Millionen Euro, beziehungsweise für haftungsbeschränkte Gesellschaften (unter anderem für die PartG mbB, GmbH & Co KG, GmbH, AG, UG), wenn sie groß sind (das heißt ab elf Berufsträgern) 2,5 Millionen Euro, und wenn sie klein sind (also bei weniger als elf Berufsträgern) 1,0 Millionen Euro.

Herrschend ist die Ansicht, „die KG“ sei nach dem Willen des Gesetzgebers eine haftungsbeschränkte Gesellschaft.²⁰ Es mag sein, dass in der Diskussion zur Zulassung der KG als Berufsausübungsgesellschaft im freiberuflichen Bereich bisher immer nur von der GmbH & Co KG ausgegangen worden ist.²¹ Zwingend ist diese Ansicht nach dem Wortlaut des § 59b Abs. 2 BRAO n.F. jedoch nicht. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut sollen zukünftig „alle“ Gesellschaften nach deutschem Recht, einschließlich der Handelsgesellschaften, als Berufsausübungsgesellschaften genutzt werden können. Wenn dem so ist, muss dies auch für die „einfache“ KG gelten, in der die Komplementärstellung nur durch eine natürliche Person, und nicht durch eine juristische (haftungsbeschränkte) Person eingenommen wird (inwieweit Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte von der Rechtsform einer einfachen KG, wie etwa auch von der Rechtsform einer oHG, Gebrauch machen werden, steht auf einem anderen Blatt).

Ob die Rechtsauffassung, wonach die KG generell eine haftungsbeschränkte Gesellschaft sei, (diese ergibt sich auch durchaus aus der Gesetzesbegründung,²² nicht jedoch aus dem Wortlaut des § 58o Abs 1 BRAO n.F.), wirklich trägt und dem Gesetzeswortlaut in § 59o Abs 1 BRAO n.F. („keine natürliche Person haftet rechtsformbedingt oder die Haftung von natürlichen Personen ist beschränkt“) derogiert²³ (bei einer einfachen KG haftet die natürliche Person als Komplementär unbeschränkt, siehe § 161 Abs. 2 in Verbindung mit § 128 HGB, insofern liegt keine rechtsformbedingte Haftungsbeschränkung „aller“ natürlichen Personen gemäß § 59o Abs. 1, 3 BRAO vor), muss (auch aufgrund der Logik und der Systematik des § 58o BRAO n.F.) mit guten Gründen verneint werden.²⁴ Aus Gründen der Vorsicht und bis zu einer verbindlichen Klärung dieser Rechtsfrage (durch Gerichte, Behörden oder den Gesetzgeber) wird die KG aber wohl als haftungsbeschränkte Gesellschaft eingeordnet werden müssen, um der damit verbundenen entsprechend höheren Versicherungspflicht von 2,5 Millionen Euro²⁵ vorsorglich Genüge zu tun.

Die Diskrepanz zum eigentlich rechtlich Gesollten bleibt jedoch bestehen.

Liegt auf der Ebene des Komplementärs ohnehin (auch) eine haftungsbeschränkte Gesellschaft, etwa in Form einer GmbH vor, ist die KG zweifelsfrei als haftungsbeschränkte Gesellschaft einzuordnen.²⁶ Die Mindestversicherungssumme bei der GmbH & Co KG beträgt unstrittig 2,5 Millionen Euro.

2. Einstufung der LLP

Die UK-LLP (mit Verwaltungssitz in UK) ist nach der hier vertretenen Auffassung als haftungsbeschränkte Gesellschaft einzuordnen. Auch wenn nach dem Haftungsregime des Sitzortes in UK die handelnden Partner dem Mandanten gegenüber aus Delikt direkt haften, findet (bei Dienstleistungserbringung) durch die LLP in Deutschland auf das Anwaltsmandat deutsches Recht Anwendung, sodass es zu keiner persönlichen Haftung der Partner neben der LLP kommt.²⁷ Mit Einführung der PartG mbB hat der deutsche Gesetzgeber dieses kombinierte Haftungsregime akzeptiert.²⁸ Die UK-LLP hat daher eine Mindestversicherungssumme von 2,5 Millionen Euro vorzuhalten.

Gleiches gilt für US-LLPs, wenn diese nach dem Recht des Heimatortes (des jeweiligen bundestaatlichen Rechts in den USA) als haftungsbeschränkte Gesellschaften einzuordnen sind.²⁹ Etwas anderes kann gelten, wenn die Gesellschaftsform der US-LLP mit Verwaltungssitz in den USA nach dem Recht ihres Heimatortes als solche gar nicht zur Gänze enthaftend wirkt, sondern weiterhin eine Haftung der handelnden Personen neben der Gesellschaft greift.³⁰ Nach der hierzu (in Deutschland) (durch die Judikatur des BGH) anzuwendenden Gründungstheorie³¹ liegt diesfalls auch nach deutschem Pflichthaftpflichtversicherungsrecht keine haf-

19 Vgl. BT-Drs. 19/27670, S. 149; Christoph, AnwBI 2022; 290; Zimmermann/Dörne, AnwBI Online, 2022, 319.

20 Siehe etwa Kilian, NJW 2022, 2385; Zimmermann/Dörne, AnwBI Online 2022, 321; Zimmermann/Hartung, NJW 2022, 1792, 1973; AnwBI Online 2022, 406.

21 Siehe Blunk/Hasenstab/Schröder, AnwBI 2019, 150–154; siehe auch Kilian, AnwBI 2021, 38–39.

22 Siehe BT-Drs. 19/27670 zu § 59o Abs 1 BRAO n.F., S. 198–199.

23 Hierzu eine kurze Anmerkung zur Methodik bei der Gesetzesauslegung: In der juristischen Methodenlehre ist anerkannt, dass der eindeutige Gesetzeswortlaut einer abweichenden Gesetzesbegründung vorgeht. Den Gesetzesmaterialien kommt im Vergleich zum Gesetzeswortlaut nur die Funktion einer Auslegungshilfe zu. Steht eine Gesetzesbegründung konträr zum tatsächlichen Gesetzeswortlaut ist eine Interpretation contra legem nicht (mehr) möglich, siehe nur F. Bydlinki/P. Bydlinki, Grundzüge der juristischen Methodenlehre³ (2018) 110; P. Bydlinki, Bürgerliches Recht – Allgemeiner Teil I⁹ (2021) Rz 1/47. Zu den amtlichen Materialien im Gesetzgebungsverfahren als (blo- ße) „Hilfsmittel“ der Auslegung siehe auch Möllers, Juristische Methodenlehre⁴ (2021) § 4 Rz 161 ff. Zu den Gesetzesmaterialien als Auslegungshilfe siehe zudem auch Hirte, AnwBI 2020, 480 ff.

24 So zutreffend auch Diller, AnwBI 2022, 225–226, der die „einfache“ KG als nicht haftungsbeschränkte Berufsausübungsgesellschaft einstuft, weil nicht „alle“ Gesellschafter einer einfachen KG (im Ausmaß der Stammeinlage) beschränkt haften, was nach dem differenzierten Pflichtversicherungskonzept des § 58o BRAO n.F. in Zusammenschau von Abs. 1 und Abs. 3 jedoch erforderlich ist.

25 Siehe zu dieser Empfehlung auch AnwBI Online 2022, 406.

26 Siehe so auch Diller, AnwBI 2022, 226; Kilian, NJW 2022, 2385; Riechert, AnwBI 2022, 105; ders, AnwBI 2022, 422–423.

27 Siehe Diller, AnwBI 2022, 226.

28 Siehe Kerstges, AnwBI Online 2021, 116, 118; ebenso Henssler, NJW 2014, 1761, 1763 ff (zur Diskussion siehe zum Teil anders Diller, AnwBI 2022, 226, der die Einstufung der UK-LLP als nicht haftungsbeschränkte Gesellschaft erwägt).

29 So etwa eine US-LLP nach dem Recht des Bundesstaates Illinois gem 805 ILCS (Illinois Compiled Statutes) 206/306 lit. c.

30 Nach dem Recht des Bundesstaates New York wirkt die US-LLP (Registered Limited Liability Partnership/RLLP) für den handelnden Gesellschafter nicht enthaftend, s dazu die Arbeit von Heilemann, Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung für Rechtsanwälte. Ihre Wettbewerbsfähigkeit auf der Grundlage eines Vergleichs mit der Registered Limited Liability Partnership für Rechtsanwälte nach dem Recht des Staates New York, USA (2017); s ebenso Kilian, AnwBI 2018, 546 (547) (Rezension zum Buch von Heilemann).

31 Kerstges, AnwBI Online 2021, 118–119.

tungsbeschränkte Gesellschaft vor, weshalb vertreten werden kann, dass für derartige US-LLPs gemäß § 59o Abs. 3 BRAO n.F. nur eine Mindestversicherungssumme von 0,5 Millionen Euro vorzuhalten ist.

III. Zur Einstufung als „kleine“ oder „große“ haftungsbeschränkte Berufsausübungsgesellschaft

Gemäß § 59o Abs. 2 BRAO n.F. richtet sich bei haftungsbeschränkten (anwaltlichen) Berufsausübungsgesellschaften die Höhe der Mindestversicherungssumme nach der Anzahl der in der Berufsausübungsgesellschaft tätigen Berufsträger (Befugnisinhaber). Nicht maßgeblich ist – wie bei der Jahreshöchstleistungsregelung gemäß § 59o Abs. 4 BRAO n.F. – die Anzahl der Gesellschafter beziehungsweise der Geschäftsführer, die nicht Gesellschafter sind. Sind in einer Berufsausübungsgesellschaft elf Berufsträger oder mehr assoziiert beziehungsweise (als Angestellte beziehungsweise freie Mitarbeiter, ob Vollzeit oder Teilzeit) „tätig“,³² gilt eine Mindestversicherungssumme in Höhe von 2,5 Millionen Euro, ansonsten die geringere Mindestversicherungssumme in Höhe von einer Millionen Euro.

Kontrovers diskutiert wird, welche Berufsträger gemäß § 59o Abs. 2 BRAO n.F. bei einer gemischten Sozietät zu berücksichtigen sind. Zum einen wird die Ansicht vertreten, dass – nach der BRAO – nur Rechtsanwälte als Berufsträger zählmaßgeblich sind.³³ Nach anderer Ansicht (und nach dem klaren Gesetzeswortlaut in § 59o Abs 2 BRAO n.F.) sind bei der Zählung auch Berufsträger aus einem anderen sozietätsfähigen Beruf (gemäß § 59c Abs. 1 BRAO n.F.) zu berücksichtigen.³⁴ Da sich gemäß § 52n PAO n.F. die Höhe der Mindestversicherungssumme (2,5 Millionen Euro ab elf Berufsträger, einer Millionen Euro bis zu zehn Berufsträger) für Patentanwälte ebenfalls nach der Anzahl der in einer Berufsausübungsgesellschaft tätigen Berufsträger, hier wiederum nach der gleichen Maßgabe an assoziierungsfähigen Berufen, richtet, ist diese Ansicht auch systemkonform. Anderes gilt für die Pflichtversicherung gemäß § 55f StBerG n.F., die (wie auch § 54 Abs. 4 WPO) eine Unterscheidung zwischen „kleinen“ und „großen“ Berufsausübungsgesellschaften nicht kennt und von einer einheitlichen Mindestversicherungssumme in Höhe von einer Million Euro ausgeht.

Da sich die Höhe der Mindestversicherungssumme für eine (auch anwaltliche) Berufsausübungsgesellschaft nach der BRAO gemäß § 59o Abs. 2 n.F. nach der Anzahl der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie nach Anzahl anderer assoziierungsfähiger Berufe gemäß § 59c Abs. 1 BRAO n.F., wie etwa Patentanwälte oder Steuerberater, richtet, findet damit eine Abweichung vom Prinzip statt, wonach (gemäß dem Grundkonzept des aktuellen Berufsrechte-Gesetzgebers) die Pflichtversicherungserfordernisse im Fall einer interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaft jeweils nach der Berufsordnung der zu versichernden Berufsgruppe separat (und nicht kumulierend oder übergreifend) zu beurteilen sind.³⁵ Für Anwälte haben sich die Pflichtversicherungsbestimmungen zum Beispiel nach § 59o BRAO n.F. beziehungsweise § 51 BRAO, für Patentanwälte nach § 52n PAO n.F. beziehungsweise § 45 PAO sowie für Steuerberater nach § 55f StBerG n.F. in Verbindung mit § 67 Abs. 1 StBerG zu richten.³⁶ In einer interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaft ist für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte § 59o Abs. 4 BRAO n.F. maßgeblich für die Mindestversicherungssumme, und für Steuerberater § 55f StBerG.³⁷

IV. Zur Jahreshöchstleistung bei Berufsausübungsgesellschaften

1. Bei inländischen Berufsausübungsgesellschaften

Gemäß § 59o Abs. 4 BRAO n.F. hat der Versicherer die Mindestversicherungssumme für die Berufsausübungsgesellschaft maximiert mit der Anzahl der Gesellschafter, sowie der Geschäftsführer, die nicht Gesellschafter sind, jedoch je Berufsausübungsgesellschaft mindestens 4-fach pro Jahr, verpflichtend zu leisten. Der Anknüpfungstatbestand für die Regelung der Jahreshöchstleistung, nämlich das Abstellen auf die Anzahl der „Gesellschafter und Geschäftsführer, die nicht Gesellschafter sind, stammt von der bisher für die Anwalts-GmbH geltenden Norm des § 59j BRAO a.F.

2. Bei ausländischen Berufsausübungsgesellschaften

a) § 59o Abs. 4 BRAO in der aktuellen Fassung

Mit § 207a BRAO n.F. schaffte der Gesetzgeber erstmals ein Berufsrecht für ausländische Berufsausübungsgesellschaften.³⁸ Bisher war unklar, welche Jahreshöchstleistungsmaximierung ausländische Berufsausübungsgesellschaften gemäß § 207a Abs 2 BRAO n.F. in Verbindung mit § 59o Abs 4 BRAO n.F. pflichtversicherungskonform vorzuhalten haben.

Gemäß § 59o Abs 4 BRAO n.F., worauf § 207a Abs 2 BRAO n.F. verweist, ist bei der Bemessung der Jahreshöchstleistung auf die Zahl der Gesellschafter einer Berufsausübungsgesellschaft abzustellen, wobei mindestens eine 4-fache Jahreshöchstleistung bestehen muss. Nach der Gesetzesbegründung zu § 59o Abs 4 BRAO n.F. wird hinsichtlich der Maximierungsregelung bei der Jahreshöchstleistung ausdrücklich auf das „typische Haftungsrisiko“ abgestellt.³⁹ Gemeint ist hierbei jenes Haftungsrisiko, das sich aus der Anzahl der gegenüber den Mandanten tatsächlich berufsausübenden Gesellschafter und Geschäftsführer ergibt.⁴⁰ Mit steigender Anzahl der Gesellschafter, so die weitere Gesetzesbegründung, steigt die Zahl der zu bearbeitenden Mandate und insofern auch das Haftungsrisiko der Berufsausübungsgesellschaft.⁴¹ Die Maximierung der Jahreshöchstleistung soll sich nach dem Willen des Gesetzgebers daher nach dem „tatsächlichen“ Haftungsrisiko richten, das durch eine Berufsausübungsgesellschaft über deren Gesellschafter und Geschäftsführer, die zur aktiven Berufsausübung verpflichtet sind,⁴² entsteht.

³² Diller, AnwBl 2021, 474; Riechert, AnwBl 2022, 422–423.

³³ Siehe Riechert, AnwBl 2022, 104–105.

³⁴ Kilian, AnwBl 2021, 228–229. Auch Riechert dürfte sich nunmehr dieser Position anschließen, siehe ders, AnwBl 2022, 422–423.

³⁵ Siehe dazu die Gesetzesbegründung zu § 59c Abs 2 BRAO n.F. BT-Drs. 19/27670, S. 177–180; siehe ebenfalls andeutungsweise Riechert, AnwBl 2022, 422.

³⁶ Der Berufsrechte-Reform-Gesetzgeber geht durch die Novellierung der BRAO, PAO und des StBerG insofern vom bisher anerkannten Prinzip des strengsten pflichthaftpflichtversicherungsbedingten Berufsrecht ab (siehe zu diesem seinerzeitigen Grundsatz die Gesetzesbegründung im Zusammenhang mit der Einführung der PartG mbB BT-Drs 17/13944, S. 21; ebenso Riechert, AnwBl 2014, 268) und lässt hierzu in interprofessionellen Berufsausübungsgesellschaften zukünftig ein differenziertes pflichthaftpflichtversicherungsrecht zu.

³⁷ Diese Ansicht wurde auch schon zur Einführung der interprofessionellen PartG mbB vertreten, siehe Riechert, AnwBl 2014, 268 ff, wenngleich hinsichtlich der Mindestversicherungssummenhöhe von der höchsten Mindestversicherungsvorgabe, die in den Berufsrechten der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer normiert war, ausgegangen wurde.

³⁸ Siehe dazu ausführlich Hauptmann/Hartung, AnwBl Online 2022, 376 ff.

³⁹ Siehe BT-Drs. 19/27670 zu § 59o Abs 4 BRAO n.F., S. 198–199.

⁴⁰ Ebd.

⁴¹ Ebd.

⁴² Dies impliziert der Begriff Berufsausübungsgesellschaft und die Pflicht der aktiven Mitarbeit in dieser, siehe hierzu Rörmann, AnwBl Online 2020, 590 ff, 593 ff.

Wenn nun allerdings Gesellschafter – wie bei einer ausländischen Berufsausübungsgesellschaft – am deutschen Rechtsmarkt gar nicht auftreten und damit auch keine Schäden verursachen können, fragt sich, ob diese Gesellschafter nach der ratio legis des aktuellen § 59o Abs. 4 BRAO n.F. bei der Maximierungsregelung mitzuzählen sind.⁴³ § 59o Abs. 4 BRAO n.F. ist mit Blick auf § 207a BRAO n.F. nach der hier vertretenen Auffassung in seinem Wortlaut aufgrund der gesetzgeberischen Wertungen teleologisch zu reduzieren. Erfasst werden sollen nur Gesellschafter, die gegenüber dem Mandanten aufgrund des Inlandsprinzips auch praktisch tätig werden können, nicht aber ausländische Gesellschafter, die schon dem Grunde nach gar nicht im Inland tätig sind.⁴⁴

b) Geplante Novellierung des § 59o Abs. 4 BRAO n.F.

Diese Rechtsfrage wird jedoch nicht mehr durch Auslegung gelöst werden müssen, sondern zukünftig durch den Gesetzgeber entschieden. Es liegt ein Regierungsentwurf zum Gesetz „zur Stärkung der Aufsicht bei Rechtsdienstleistungen und zur Änderung weiterer Vorschriften des Rechts der rechtsberatenden Berufe“ vor,⁴⁵ wonach § 59o Abs. 4 Satz 1 und 2 BRAO n.F. abweichend vom bisherigen Wortlaut zur Novellierung ansteht. Demnach sollen bei der Bemessung der Jahreshöchstleistung nur „anwaltschaftliche Gesellschafter, die in der Bundesrepublik Deutschland zugelassen oder niedergelassen sind“ zu berücksichtigen sein. Damit ist es im Sinne der vom Autor zu § 59o Abs. 4 BRAO n.F. bereits vertretenen Auffassung klar, dass nur die in Deutschland zugelassenen oder niedergelassenen Rechtsanwältinnen oder Rechtsanwälte einer ausländischen Berufsausübungsgesellschaft zählmaßgeblich sind, nicht auch die ausländischen Gesellschafter einer ausländischen Berufsausübungsgesellschaft.

3. Exkurs: Ist eine unmaximierte Jahreshöchstleistung versicherbar?

Die geplante Korrektur des § 59o Abs. 4 BRAO n.F. ist als risikoadäquat zu begrüßen. In der Diskussion um den bisherigen Wortlaut des § 59o Abs. 4. BRAO, insbesondere mit Vertretern aus der Versicherungswirtschaft, war angesichts der extensiven Auslegung der Bestimmung durch die Rechtsanwaltskammern der Einwand vorgebracht worden, dass bei ausländischen Berufsausübungsgesellschaften mit mehreren hundert Partnern⁴⁶ das dargelegte Verständnis des § 59o Abs. 4 BRAO praktisch zu einer Versicherungspflicht mit unbegrenzter (unmaximierter und damit unversicherbarer) Jahreshöchstleistung führen würde.

Auch wenn die Reaktion der Versicherungswirtschaft verständlich ist, weil unbegrenzte Leistungspflichten (insbesondere im Lichte der Solvency-II-Compliance) grundsätzlich kritisch zu beurteilen sind, ist es aber nicht so, dass „unmaximierte“ Versicherungsdeckungen am Markt theoretisch wie praktisch nicht angeboten werden würden, sofern der Gesetzgeber derartige Leistungspflichten vorschreibt. Im Bereich der deutschen Wirtschaftsprüfer war dies gemäß §§ 54 Abs. 1 WPO, 44b Abs. 4 WPO bis zum 1.1.2021 der Fall,⁴⁷ erst mit dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) ist der deutsche Gesetzgeber davon abgerückt und lässt eine Jahreshöchstleistungsbeschränkung auf mindestens das 4-fache der Mindestversicherungssumme zu.⁴⁸ Auch das in Österreich geltende Pflichthaftpflichtversicherungsrecht, etwa zu den Rechtsanwälten gemäß § 21a RAO oder zu den Notaren gemäß § 30 NO, zeigt schon seit dem Jahr 1999, dass unbegrenzte Jahreshöchstleistungen sowohl bei Einzelanwälten und

Personengesellschaften (hier in Höhe der Mindestversicherungssumme von 0,4 Millionen Euro) oder bei Rechtsanwalts-GmbHs und Rechtsanwalts-GmbH & Co KGs (hier in Höhe der Mindestversicherungssumme von 2,4 Millionen Euro) versicherbar sind.⁴⁹ Dies mittlerweile auch zu einem akzeptablen Prämienniveau.⁵⁰ Eine weitgehende oder sogar unbegrenzte Versicherungspflicht ist das eine, Schadenerfahrungswerte, auf deren Basis die Berufshaftpflichtversicherung als Schadensversicherung kalkulatorisch aufgebaut ist, und auf die es letztlich bei der Risikotragung wirtschaftlich ankommt, sind das andere. Die deutsche Versicherungswirtschaft hätte daher ebenso wie die österreichische mit der pflichtversicherungsrechtlichen Vorgabe einer (praktisch) unbegrenzten Jahreshöchstleistung umgehen können, dies nach Einschätzung des Autors auch (versicherungsnehmerfreundlich) zu akzeptablen Prämien.

V. Pflichthaftpflichtversicherungsrecht und Scheingesellschafter/Scheingesellschaft

1. Grundlegendes

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass bei der Bemessung der Jahreshöchstleistung in der Pflichthaftpflichtversicherung etwa der PartG mbB (nunmehr gemäß § 59o Abs. 4 BRAO n.F., zuvor gemäß § 51a Abs. 2 BRAO a.F.) auch Scheingesellschafter mitzuzählen sind.⁵¹ Liegt eine Scheingesellschaft als Berufsausübungsgesellschaft vor, wird gemäß § 59n BRAO n.F. zudem vertreten beziehungsweise in den Raum gestellt, ob dass diese versicherungspflichtig ist.⁵²

43 Diese Frage ansprechend, in der Sache jedoch nicht vertieft behandelnd und nicht klärend, s. *Zimmermann/Dörme*, AnwBI Online 2022, 322.

44 Siehe analog zur Frage, ob bei einer ausländischen Berufsausübungsgesellschaft die ausländischen Gesellschafter in das Registerverzeichnis der deutschen Rechtsanwaltskammern aufzunehmen sind, auch *Hauptmann/Hartung*, AnwBI Online 2022, 384–354, die ebenfalls nur die in der deutschen Niederlassung tätigen Gesellschafter, nicht auch alle sonstigen ausländischen Gesellschafter einer Berufsausübungsgesellschaft als in das Register der Rechtsanwaltskammer eintragungspflichtig ansehen.

45 https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Staerkerung_Aufsicht_Rechtsdienstleistungen.pdf;jsessionid=8A7EDEDED380E-47AE47179F7DD154055.1_cid334?__blob=publicationFile&v=2.

46 Zu dieser Bemerkung mit Blick auf die großen internationalen Sozietäten siehe *Hauptmann/Hartung*, AnwBI Online 2022, 384.

47 *Gräfe/Brügge/Melchers*, Berufshaftpflichtversicherung für rechts- und wirtschaftsberatende Berufe³ (2021) A Rz 444.

48 Ebd. Rz 445.

49 Siehe dazu *Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung (2022) (im Erscheinen) Rz 724 u. 741.

50 Die österreichische Versicherungswirtschaft reagierte auf das Erfordernis einer unmaximierten Jahreshöchstleistung bei RA-GmbHs in Höhe von 2,4 Millionen Euro anfangs mit sehr hohen Prämienzuschlägen. Aufgrund des (internationalen) Marktwettbewerbs haben sich die Prämien (wenn auch erst nach einigen Jahren) sodann wieder stark abgesenkt.

51 *Riechert*, AnwBI 2014, 267, *ders.*, AnwBI 2022, 104, *ders.*, AnwBI 2022, 423; *Zimmermann*, NJW 2014, 1142 (1143); *ders/Dörme*, AnwBI Online 2022; 322, 325 (zumindest mit dem Hinweis auf das Gefahrenpotenzial bei Nichtberücksichtigung des Scheingesellschafters in der Versicherungsdeckung); aA hingegen etwa *Diller in Henssler/Prütting*, BRAO⁵ (2019) § 51a Rz 21; *Hartung*, BRAK-Mitt. 2014, 179 (183).

52 *Riechert*, AnwBI 2022, 104; *Zimmermann/Dörme*, AnwBI Online 2022, 320.

53 Dazu umfassend *Markworth*, Scheinsozius und Scheinsozietät – die Auswirkungen des Rechtsscheins in GbR und PartG (2016).

54 *Markworth* geht auf den Zusammenhang von Scheingesellschafterhaftung und pflichtversicherungskonformer Jahreshöchstleistung (deshalb) auch nicht ein, sondern thematisiert (nur) den Sozusbegriff der AVB (§ 1 Abs. 2 AVB-RSW) und die damit verbundenen AVB-versicherungsvertraglichen Folgen bei einer Scheinsozietätenhaftung (Durchschnittsbildung der Versicherungssumme, Zurechnungsfragen bei Risiko-ausschlüssen), siehe *ders.*, Scheinsozius und Scheinsozietät, 232 ff; siehe ebenso *Offermann-Burckart*, AnwBI 2014, 13 (24 ff).

Die von der Judikatur entwickelte Haftung des Scheingesellschafters infolge Nennung auf dem Briefbogen ist hier nicht näher auszuführen und als bekannt vorzusetzen.⁵³ Die hier zu stellende Frage ist, warum die Scheingesellschafterhaftung aufgrund von Rechtsscheingrundsätzen für das Pflichthaftpflichtversicherungsrecht maßgeblich sein soll. Ein schadenersatzrechtliches Haftungskonzept hat auf den ersten Blick mit zwingenden Pflichtversicherungserfordernissen, die der Gesetzgeber anordnet, nichts zu tun.⁵⁴

Beide Ebenen sind zu trennen. Die Judikatur entwickelt auf der einen Seite Haftungsgrundsätze, kann jedoch kein Pflichthaftpflichtversicherungsrecht begründen. Der Gesetzgeber erlässt hingegen auf der anderen Seite Pflichtversicherungsnormen und hat bei diesen als Zwangsnormen Vorgaben zu machen, die aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten des Grundrechtseingriffes sowohl gegenüber dem Versicherer als auch gegenüber dem Versicherungsnehmer möglichst konkret sein sollten.⁵⁵ Pflichtversicherungsnormen sind, da sie Zwangsnormen darstellen, insofern grundsätzlich nicht extensiv, sondern – ohne anderweitiger klarer (oder schlüssiger) Anordnung durch den Gesetzgeber – restriktiv auszulegen.

Zur Frage, ob ein Scheingesellschafter bei der Bemessung der verpflichtenden Jahreshöchstleistung zählmaßgeblich ist, hat sich der deutsche Gesetzgeber – jedenfalls im Zusammenhang mit der Einführung der PartGmbH – eindeutig abschlägig geäußert. Gemäß § 51a Abs. 2. BRAO a.F. hatte die Maximierung der Versicherungssumme bei der PartG mBB je „Partner“ zu erfolgen. In der seinerzeitigen Gesetzesbegründung zu § 51a Abs. 2 BRAO a.F. hatte der Gesetzgeber ausdrücklich festgehalten, dass Partner nur jene sind, die in das Partnerschaftsregister eingetragen sind/werden, dies auch expressis verbis in Verbindung mit § 51a Abs. 2 BRAO a.F., der die für die Haftungsbeschränkung erforderliche Berufshaftpflichtversicherung normiert.⁵⁶ Eindeutiger kann der Gesetzeswortlaut im Zusammenspiel mit der Gesetzesbegründung nicht sein.⁵⁷ Für die Interpretation, Scheingesellschafter seien für die Bemessung der Jahreshöchstleistung zählmaßgeblich, besteht daher kein Raum.

Ohne ausdrückliche Anordnung durch den Gesetzgeber ist das schadenersatzrechtliche Haftungskonzept der Scheingesellschafterhaftung daher auch nicht (analog) auf Vorgaben des Pflichtversicherungsrechts zu übertragen. Der Gesetzgeber hat im Zuge der BRAO-Reform mit keinem Wort dargetan, dass er Scheingesellschafter etwa bei der Bemessung der Jahreshöchstleistung mitberücksichtigt sehen möchte. Im Gegenteil. Er stellt – in der Nachfolge des § 51a BRAO a.F. und des § 59j Abs. 2 BRAO a.F. – auf den „Gesellschafter“ und den „Geschäftsführer“ einer Berufsausübungsgesellschaft ab. Das sind die tatsächlichen Gesellschafter und Geschäftsführer einer Berufsausübungsgesellschaft, nicht jedoch jene „zum Schein“. Hätte der Gesetzgeber gerade im Lichte der (ihm sicherlich bekannten) Diskussion um die Haftung als Scheingesellschafter etwas anderes gewollt, hätte er sich dazu anderweitig äußern müssen.

Für den Fall des Vorliegens einer Scheingesellschaft kann nichts anderes gelten. Die ungewollte Begründung einer Scheingesellschaft kann kein Anknüpfungspunkt für eine Versicherungspflicht sein. Nach der hier vertretenen Auffassung möchte der Gesetzgeber mit Blick auf die Privatautonomie, die der zwingenden Versicherungspflicht gegenübersteht, nur bewusst gewollte und dadurch konstituierte Berufsausübungsgesellschaften als versicherungspflichtig regulieren.⁵⁸ Nur in diesem Fall kann die Berufsausübungsgesellschaft durch Vor-

haltung einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung auch vorausschauend der Versicherungspflicht nachkommen. Möchte der Gesetzgeber etwas anderes, muss er dies (aus verfassungsrechtlichen Gründen) klar anordnen.⁵⁹ Der Mandant ist infolge der Scheinpartnerschaftshaftung ohnehin durch einen zusätzlich direkt zu belangenden (solidarischen) Haftungsschuldner geschützt.

Warum soll der geschädigte Dritte durch die extensive Auslegung von Pflichtversicherungsnormen zusätzlich geschützt werden? Das Risiko eines Rechtsanwalts oder einer rechtsanwaltlichen Berufsausübungsgesellschaft aus der Arbeit eines am Briefbogen abgebildeten oder nicht abgebildeten angestellten Rechtsanwalts erhöht sich auch haftungstechnisch nicht⁶⁰ und kann auch vom Telos des Pflichthaftpflichtversicherungsrechts her keine Relevanz haben.

Trotz der hier geäußerten Rechtsansicht bleibt es dabei, dass durch vorausschauende Vertragsgestaltung auch Scheinsozizen in den Versicherungsschutz vorsorglich einzuschließen sind. Insofern sollte in keinem Versicherungsvertrag einer Personengesellschaft der Passus fehlen, wonach bei der Bemessung der Jahreshöchstleistung auch „Scheinpartner“ beziehungsweise „Scheingesellschafter“ erfasst sind.⁶¹

55 Zum Zusammenhang von Pflichtversicherungsrecht und Verfassungsrecht siehe *Hedderich*, Pflichtversicherung (2011), 144 ff, 207 ff; ebenso *Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung Rz 508 u. 509.

56 Siehe BT-Drs. 17/10487, S. 15.

57 So zutreffend schon *Hartung*, BRAK-Mitt. 2014, 183.

58 In diesem Zusammenhang wird auch von einem entitätsbasierenden Regulierungsansatz gesprochen, siehe *Kilian*, AnwBl 2021, 228. Zur „entitätsbezogenen“ Regulierung als modernem Regulierungsansatz siehe auch *ders*, AnwBl 2017, 228 ff. Die Berufsausübungsgesellschaft, die sich zuvor bewusst konstituiert, soll versicherungspflichtig werden, nicht irgendein Scheinkonstrukt.

59 Diese Sicht ergibt sich nach der hier vertretenen Auffassung auch mit Blick auf die begrenzten oder einzugrenzenden Aufgaben (und Ressourcen) der Rechtsanwaltskammern, die das Einhalten der Versicherungspflicht (zumindest rudimentär mit Blick auf das Vorliegen eines entsprechenden Mindestversicherungsschutzes) zu kontrollieren und zu überwachen haben. Wie soll die Rechtsanwaltskammer Kenntnis von Scheingesellschaften erhalten? Sofern man unterstellt, Scheingesellschaften wären versicherungspflichtig, wäre auch das damit verbundene Amtshaftungsrisiko der Rechtsanwaltskammern zu bedenken, wenn sie „auffindbare“ Scheingesellschaften nicht ausreichend erkennen und keine entsprechenden Veranlassungen treffen.

60 Siehe dazu auch die Begründung bei *Hartung*, BRAK-Mitt. 2014, 183: „Die Berücksichtigung der Zahl der Partner geht von der pauschalen Annahme aus, dass mit zunehmender Zahl der Partner, verstanden als diejenigen, die Mandate verantwortlich führen, die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts steigt. Wenn das auch zunächst einmal für die Berücksichtigung von Briefkopfpartnern sprechen würde, unterstellt diese führen Mandate „wie Partner“ alleine und eigenverantwortlich, so versagt das Argument dort, wo angestellte Anwälte verantwortlich Mandate führen, die ihrerseits aber nicht auf dem Briefkopf stehen – denn die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts steigt auch hier. Warum soll also im Fall des Briefkopfpartners etwas anderes gelten?“ Zu bedenken wäre noch die Fallkonstellation, ob anderes gelten müsste, wenn eine Berufsausübungsgesellschaft mit vier Partnern mit vierzig angestellten Anwälten auf dem Briefbogen im Rechtsverkehr nach außen hin auftreten, sodass Mandanten suggeriert wird, es läge (mit vierundvierzig „Partnern“) eine große Berufsausübungsgesellschaft mit entsprechendem umfangreichen Versicherungsschutz vor. Aber auch in dieser (theoretischen) Fallkonstellation bleibt es nach der hier vertretenen Auffassung dabei, dass die Jahreshöchstleistungsmaximierung mit dem 4-fachen der Mindestversicherungssumme begrenzt ist. Zum einen ist angesichts der Schadenerfahrungswerte in der Praxis auch eine 4-fache Jahreshöchstleistungsmaximierung schon eine gute betragsliche Absicherung beim Versicherungsschutz. Hinzu kommt die persönliche Haftung der angestellten Anwälte als Scheingesellschafter, auch kein unbedeutlicher Haftungsfonds. Zum anderen wird eine Berufsausübungsgesellschaft in einer derartigen Konstellation schon dem Grunde nach nicht nur eine Mindestversicherungssumme, sondern auch eine risikoadäquat höhere Versicherungssumme vorhalten, sodass sich die 4-fache Maximierung in der Deckungsstrecke der Mindestversicherungssumme (spürbar) relativiert. Die Pflichthaftpflichtversicherung hat nach der hier vertretenen Auffassung (ohne gegenteiliger Regelung) nicht den Zweck, jede erdenkliche Schadenkonstellation zu decken, sondern (in der Breite) das typische Haftungsrisiko einer Berufsausübungsgesellschaft, s dazu auch *Wilhelmer*, Berufshaftpflichtversicherung Rz 586 ff.

61 Zu dieser Empfehlung siehe auch *Zimmermann/Dörne*, AnwBl Online 2022, 322, 325.

2. Rechtsfolgen bei Unterhaltung einer nicht ausreichenden Pflichthaftpflichtversicherung

Weiters wird im Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorgaben zur Vorhaltung einer verpflichtenden (im Fall der PartG mbB auch freiwilligen) Berufshaftpflichtversicherung die Ansicht vertreten, dass schon geringfügige Abweichungen von verpflichtenden Vorgaben (also jeglicher „Versicherungsmangel“), etwa die Nichtberücksichtigung eines Scheingesellschafters bei der Bemessung der Jahreshöchstleistung im Versicherungsvertrag, eine persönliche Haftung der Gesellschafter zur Folge haben (könnten/könnte),⁶² sodass die Gesellschafter der betroffenen Berufsausübungsgesellschaft erst recht direkt gegenüber dem geschädigten Dritten persönlich haften.⁶³ Der Gesetzgeber gibt für diese Schlussfolgerungen auf der Rechtsfolgenebene bei Pflichtenverstößen selbst normative Vorgaben. Gemäß § 59j Abs. 3 BRAO a.F. hafteten die Gesellschafter einer GmbH persönlich, wenn die Berufshaftpflichtversicherung der GmbH „nicht oder nicht in dem vorgeschriebenen Umfang“ besteht.⁶⁴ Diese Regelung wird aktuell (für alle haftungsbeschränkte Berufsausübungsformen) in § 59n Abs. 3 BRAO n.F. fortgeführt.

Klar ist, dass bei Nichtvorhaltung der Mindestversicherungssumme, also etwa bei betraglich fehlendem Versicherungsschutz, eine derartige unmittelbare Gesellschafterhaftung eingreift,⁶⁵ da das Vorhalten einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung gerade Voraussetzung dafür ist, dass eine haftungsbeschränkte Gesellschaftsform vom Gesetzgeber für den Rechtsverkehr akzeptiert wird. Aber wann wird sich die Frage nach einer persönlichen Haftung stellen? Doch erst dann, wenn (etwa) der betragliche Versicherungsschutz nicht ausreicht, um eine berechnete Haftpflichtforderung des geschädigten Dritten auszugleichen. Auch nach der Gesetzesbegründung zu § 59j Abs. 3 BRAO a.F. richtete sich die persönliche Haftung der GmbH-Gesellschafter ausdrücklich nach der Voraussetzung eines ungedeckten Vermögensschadens.⁶⁶ Solange also die Berufshaftpflichtversicherung praktisch gesehen ausreichenden betraglichen Versicherungsschutz zur Verfügung stellt, stellt sich die Frage nach einer direkten Gesellschafterhaftung nicht.⁶⁷

Wenn dieser Gedanke – dies auch im Lichte der verfassungsrechtlichen Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit⁶⁸ – auf etwa eine unzureichende Maximierung der Versicherungssumme anhand der Pflichtversicherungsvorgaben übertragen wird, kann eine bloß theoretisch unzureichende Maximierung bei der Jahreshöchstleistung (auch) noch nicht dazu führen, dass (etwa bei einer PartG mbB) die gesellschaftsbezogene Haftungsbeschränkung entfällt.⁶⁹ Schutzwürdig ist der geschädigte Dritte im Sinne der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit erst dann, wenn die nicht pflichtversicherungskonform vorgehaltene Berufshaftpflichtversicherung wegen einer unzureichenden Jahreshöchstleistung nicht zur Schadensliquidation ausreicht.

VI. Fazit

Die BRAO-Reform ist ein Meilenstein in der Anpassung des anwaltlichen Berufsrechts. Es liegt in der Natur der Sache, dass jedes neue Gesetz auch Unklarheiten mit sich bringt. Einige Rechtsfragen, die mit der BRAO-Reform einhergehen, etwa ob die einfache KG als eine nicht haftungsbeschränkte oder als haftungsbeschränkte Gesellschaft einzuordnen ist, werden in Zukunft von der Praxis geklärt werden. Einige strittige Rechtsfragen klärt der Gesetzgeber – etwa im Zusammenhang mit der jahreshöchstleistungsbezogenen Zählung von Gesellschaftern einer ausländischen Berufsausübungsgesellschaft – durch die (zu erwartende) Novellierung der BRAO selbst. Negative Rechtsfolgen bei Verletzung von Zulassungs- und Versicherungspflichten sind – dem gesetzgeberischen Willen und dem verfassungsrechtlichen Gebot nach Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit gemäß – jedenfalls aber versicherungsnehmerfreundlich(er) zu beurteilen.

Zwischen dem interpretativ ermittelten Rechtsverständnis (also dem was tatsächlich rechtlich gilt beziehungsweise gelten soll) und einer vorsorglichen Ausgestaltung des Versicherungsschutzes kann und muss es dennoch konzeptionelle Unterschiede geben, die in der Beratungspraxis zu berücksichtigen sind. Nichtsdestotrotz bleibt es wichtig, bestimmte Rechtsansichten zu Haftungsfragen und Versicherungsfragen, insbesondere Fragen bezüglich des Pflichthaftpflichtversicherungsrechts, zu hinterfragen und stets einen Diskurs um das dazu möglichst „richtige Recht“ (auch zum Schutze der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte als Versicherungsnehmer) zu führen.

62 Gleiches müsste auch schon bei einem schlichten Übersehen des Einschlusses eines neuen Gesellschafters in den Versicherungsschutz gelten, weil auch in diesem Fall der Gleichklang zwischen tatsächlicher Gesellschafteranzahl und pflichtversicherungskonformer Maximierungsregelung fehlt.

63 Riechert, AnwBl 2014, 267; Zimmermann/Dörme, AnwBl Online 2022, 322, 325.

64 Siehe auch Henssler in Henssler/Prütting, BRAO⁶ § 59j Rz 12. Eine derartige ausdrückliche Anordnung zur Herbeiführung der gesellschaftsbezogenen Haftungsbeschränkung fehlt bei der PartG mbB in § 51a BRAO a.F. Dies hat seinen Grund darin, dass bei einer im Schadensfall bestehenden Unterdeckung mangels Vorhaltung des gebotenen Berufshaftpflichtversicherungsschutzes die gesellschaftsbezogene Haftungsbeschränkung ohnehin wieder entfällt und sodann die (handelnden) Gesellschafter persönlich haften.

65 Henssler in Henssler/Prütting, BRAO⁶ § 59j Rz 12.

66 In BT-Drs. 13/9820, S 18. führt der Gesetzgeber dazu aus: „Wird die Berufshaftpflichtversicherung nicht oder nicht in dem vorgeschriebenen Umfang unterhalten und wird aus diesem Grund der Vermögensschaden eines Mandanten nicht von der Berufshaftpflichtversicherung abgedeckt (Hervorhebung durch den Autor), haften nach Absatz 4 neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich in Höhe des fehlenden Versicherungsschutzes“. Voraussetzung für die persönliche Haftung ist daher ein ungedeckter Schaden. Allein der abstrakte Versicherungsmangel reicht für den Eintritt einer persönlichen Haftung nicht aus.

67 So zutreffend auch Diller in Henssler/Prütting, BRAO⁶ § 51a Rz 26.

68 Siehe dazu FN 55.

69 Diller in Henssler/Prütting, BRAO⁶ § 51a Rz 26.



Dr. iur. Hermann Wilhelmer, Wien

Der Autor ist Geschäftsführer der von Lauff und Bolz Versicherungsmakler GmbH mit Hauptsitz in Frechen.

Leserreaktion an anwaltsblatt@anwaltsverein.de