

Rechtliche Auswirkungen der Partnerwahl

Wichtige Aspekte aus Sicht von Neuzuzug und Sozietät*

Rechtsanwalt Dr. Bernd Hirtz, Köln

Der Weg in eine Sozietät – sei sie nun BGB-Gesellschaft oder Partnerschaft – endet mit der Unterschrift unter dem Sozietätsvertrag. Doch die will gut überlegt werden. Es geht nicht nur um die persönliche Haftung (auf der Grundlage der aktuellen BGH-Rechtsprechung), sondern auch um die Gewinnverteilung und – heute immer wichtiger – die Regeln zum Ausscheiden (mit Abfindung und Wettbewerbsverbot). Auf dem Weg in eine Sozietät wird der Anwalt meist als Scheinzuzug auf das Briefpapier genommen. Auch das will gut überlegt sein, weil die Sozien für den Scheinzuzug und umgekehrt haften können.

I. Das Risiko „Sozietät“

Der Eintritt in eine Sozietät hat für den Neuzuzug und die Sozietät erhebliche rechtliche Konsequenzen. Der Begriff „Sozietät“ wird hier verwendet für BGB-Gesellschaften, deren Gesellschafter Rechtsanwälte (§ 59 a BRAO) sind. Der Blick wird auch die Partnerschaftsgesellschaft erfassen. Die Frage, ob § 59 a Abs. 2 BRAO nur BGB-Gesellschaften und allenfalls noch – die Partnerschaftsgesellschaft meint¹, oder ob „Sozietät“ heute als rechtsformneutraler Begriff für freiberufliche Gesellschaften verwendet werden sollte², kann hier unerörtert bleiben.

Im Bereich der BGB-Gesellschaft hat die Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit zu neuen Fragestellungen und Antworten geführt. Darüber hinaus gibt es Tendenzen in der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung des BGH, die auf eine Etablierung der Sozietät als einer „Sonderform der BGB-Gesellschaft“³ oder einer Sonderform freiberuflicher Zusammenarbeit hindeuten. Das ist zu begrüßen, hat doch der Gesetzgeber mit Sonderregeln für eine Gesellschaftsform, die nur Freiberuflern zur Verfügung steht, nämlich mit der Partnerschaftsgesellschaft, einen solchen Sondertypus stillschweigend – anerkannt. So spricht der Vorsitzende des II. Zivilsenats in seinen Beiträgen gelegentlich von Besonderheiten „bei einer Berufsausübungsgemeinschaft von Rechtsanwälten“⁴ oder davon, „dass bei einer Freiberuflersozietät die Aufteilung der Sachwerte und die rechtlich unbeschränkte Möglichkeit, um die Mandanten, Klienten oder Patienten der Praxis zu werben, die natürliche Form der Auseinandersetzung“⁵ ist.

II. Haftungsrisiken

Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft musste zu neuen Anknüpfungen bei Haftungsfragen führen. Neuland ist im Bereich der Haftung des Beitretenden betreten. Viele Zweifelsfragen können auf Basis der neuen BGH-Rechtsprechung jetzt recht zuverlässig beantwortet werden. Die neueste Rechtsprechung des für Anwaltschaft zustän-

digen IX. Zivilsenats, die erhebliche Risiken begründet⁶, ist durchaus fragwürdig.

1. Vertragspartner

Vertragspartner des Mandanten ist im Zweifel die Sozietät; es sind nicht die einzelnen Anwälte.⁷ Der IX. Zivilsenat des BGH hat jüngst seine frühere Rechtsprechung bestätigt, nach der der Mandant, der eine Sozietät beauftragt, sich in der Regel die Vorteile zunutze machen will, die die Gesellschaft im Hinblick auf Organisation, Arbeitsteilung und die Möglichkeit der Beratung der ihr angehörenden Anwälte untereinander bietet.⁸ Das schließt es nicht aus, dass bei Besonderheiten der Mandatierung (etwa bei interprofessionellen Sozietäten) die Auslegung der zum Vertrag führenden Willenserklärungen ergibt, das nur die persönliche Haftung des Sachbearbeiters vereinbart ist⁹. Wird aber lediglich die Betreuung durch einen bestimmten Anwalt vereinbart, dürfte darin in der Regel nicht eine konkludente Einzelmandatsabrede zu sehen sein. Denn der Umstand, dass Dienste höchstpersönlich zu erbringen sind, kann auch beim Abschluss mit einer Gesellschaft zum Vertragsinhalt gemacht werden¹⁰.

2. Vertragshaftung

Die persönliche Haftung aller BGB-Gesellschafter folgt – nach Auffassung des BGH und der überwiegenden Meinung – unmittelbar aus einer analogen Anwendung des § 128 HGB.¹¹ Für die Partnerschaftsgesellschaft ordnet § 8 Abs. 1 Satz 1 PartGG die Haftung an.

Fraglich ist allerdings, ob das in § 128 HGB zum Ausdruck kommende Haftungsprinzip auf die berufshaftungrechtlichen Verbindlichkeiten der Gesellschaft überhaupt passt. Während der II. Zivilsenat dies offen gelassen hat,¹² hat der IX. Zivilsenat die Frage bejaht¹³. Eine eigentliche Begründung ist er indessen schuldig geblieben. Denn seine Er-

* Der Beitrag basiert auf Überlegungen, die der Verfasser auf der 10. Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung am 9.11.2007 in Frankfurt zum Thema „Neuere Entwicklungen im Sozietätsrecht“ vorgestellt hat.

1 Dafür mit Gründen: *Michalski/Römermann* in: Handbuch des Sozietätsrechts, 2001, Rn. B8.

2 So *Peres/Depping* in: *Sozietätsrecht*, 2. Aufl. 2006, § 1 Rn. 2 f. mit dem selbstbezüglichen Argument, die beiden Handbücher zum „Sozietätsrecht“ behandelten alle zulässigen freiberuflichen Organisationsformen.

3 *K. Schmidt* NJW 2005, 2801 ff.

4 *Goette* AnWB 2007, 637, 641.

5 *Goette* AnWB 2007, 637, 643.

6 Vgl. dazu jüngst: *Hartung* AnWB 2007, 849 ff.

7 *K. Schmidt* NJW 2005, 2801, 2805; *Koch/Kilian*, Anwaltliches Berufsrecht, 2007, Rn. 877 ff.

8 BGH-Urteil vom 3.5.2007 IX ZR 218/05 = AnWB 2007, 717 = NJW 2007, 2490, 2492, unter Hinweis auf BGHZ 56, 355, 360 = NJW 1971, 1801.

9 Vgl. *Zugehör/Sieg*, Handbuch der Anwaltschaft, 2. Auflage 2006, Rn. 354 ff.

10 *K. Schmidt* NJW 2005, 2801, 2805.

11 Neuestens BGH NJW 2007, 2490, 2492; BGHZ 142, 315, 318 = NJW 1999, 3483; BGHZ 146, 341, 358 = NJW 2001, 1056; OLG Saarbrücken NJW-RR 2006, 707, 708; ebenso z. B. *Palandt-Sprach* BGB 66. Aufl. 2007, § 714 Rn. 13; *Erman/Westermann*, BGB, 11. Aufl., § 714 Rn. 22; anders: *Altmeppen* NJW 2003, 1553, 1554; *Canaris* ZGR 2004, 69, 109 ff.

12 BGHZ 154, 370, 377 = NJW 2003, 1803; NJW 2006, 765.

13 BGH NJW 2007, 2490, 2492, 2493.

wägung, wenn im Allgemeinen ein Gesellschafter für ein fremdes Delikt eintreten müsse, sei „nicht einzusehen, weshalb dies bei einem anwaltlichen Sozius anders sein soll“¹⁴, weicht der Frage nach berufshaftungsrechtlichen Besonderheiten gerade aus.

Der Gesetzgeber hat, wie die Bestimmung des § 8 Abs. 2 PartGG zeigt, diese Besonderheiten in eine besondere Haftungsregelung einfließen lassen:

„Waren nur einzelne Partner mit der Bearbeitung eines Auftrags befasst, so haften nur sie gemäß Abs. 1 für berufliche Fehler neben der Partnerschaft; ausgenommen sind Bearbeitungsbeiträge von untergeordneter Bedeutung.“

Eine ähnliche Überlegung liegt den §§ 51 a Abs. 2 BRAO, 67 a Abs. 2 WPO, 54 a Abs. 2 StBerG zugrunde. § 51 a Abs. 2 BRAO lautet:

„Die Mitglieder einer Sozietät haften aus dem zwischen ihr und dem Auftraggeber bestehenden Vertragsverhältnis als Gesamtschuldner. Die persönliche Haftung auf Schadenersatz kann auch durch vorformulierte Vertragsbedingungen beschränkt werden auf einzelne Mitglieder einer Sozietät, die das Mandat im Rahmen ihrer eigenen beruflichen Befugnisse bearbeiten und namentlich bezeichnet sind. Die Zustimmungserklärung zu einer solchen Beschränkung darf keine anderen Erklärungen enthalten und muss vom Auftraggeber unterschrieben sein.“

§ 8 Abs. 2 PartGG könnte nun so verstanden werden, dass speziell für die Partnerschaftsgesellschaft ein entsprechendes Haftungsprivileg geschaffen werden sollte¹⁵. Dieses Verständnis ließe sich durch die Formulierung in § 51 a Abs. 2 BRAO untermauern, der ja immerhin von einer Haftung der Sozien als Gesamtschuldner spricht.

Indessen greift eine solche Argumentation zu kurz. § 51 a Abs. 2 BRAO will kein eigenständiges Haftungsprinzip begründen, sondern lediglich mit der Formulierung der Haftung als Gesamtschuldner einen Anknüpfungspunkt für eine sogar durch vorformulierte Vertragsbedingungen zulässige Haftungsbeschränkung schaffen. Hintergrund dieser Möglichkeit sind die Vorstellungen der Mandanten, die nicht zwingend die Haftung jedes einzelnen Gesellschafters erwarten. Eben diese Erwartung ist es, die zu § 8 Abs. 2 PartGG führte. Die Gesetzesbegründung¹⁶ weist zutreffend auf die Erwartung des Rechtsverkehrs bei mehrgliedrigen Partnerschaften hin, keine persönliche Haftung aller Partner vor allem dann zu erwarten, wenn diese aus verschiedenen Berufen stammen. Aus der weiteren Erwägung, dass mit der Partnerschaftsgesellschaft eine Alternative zur kapitalgesellschaftlichen Organisationsform geschaffen werden sollte, ergibt sich nicht, dass nur im Rahmen dieser Organisationsform ein Haftungsprivileg geschaffen werden sollte, zumal die Änderungen der Haftungsverfassung innerhalb der traditionellen BGB-Gesellschaftssozietät für den Gesetzgeber nicht absehbar waren. All das spricht, wenn man nicht schon eine Analogie zu § 8 Abs. 2 PartGG das Wort reden will¹⁷, für eine Übertragung des in § 8 Abs. 2 PartGG zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedankens. Dieser Vorschrift liegt die Überlegung zugrunde, dass im Zweifel Vertragspartner des Mandanten die Gesellschaft ist. Wenn die persönliche Bearbeitung durch einen oder einige Gesellschafter vereinbart wird, soll dies zunächst nichts an der Vertragspartnerschaft der Sozietät ändern, wohl aber am Haftungsregiment. Auf eine solch differenzierte Betrachtung passt § 128 HGB nicht.

Entgegen der Auffassung des IX. Zivilsenats sollte § 128 HGB also auf berufshaftungsrechtliche Verbindlichkeiten

nicht angewandt werden. Hoffentlich wird der II. Zivilsenat Gelegenheit haben, seine nachvollziehbaren Bedenken insoweit zu konkretisieren.

3. Zurechnung

Für das deliktische Handeln eines BGB-Gesellschafters haftet die Gesellschaft entsprechend § 31 BGB; ein zum Schadenersatz verpflichtendes Handeln ihres geschäftsführenden Gesellschafters muss sich die Gesellschaft also zurechnen lassen.¹⁸

Zweifelhaft ist, ob dies auch für berufshaftungsrechtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft gilt. Der IX. Zivilsenat hat dies bejaht¹⁹. Insoweit ist der Entscheidung des IX. Zivilsenats des BGH jedenfalls beizutreten. Bei Anwendung des weiten Begriffs des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ im Sinne des § 31 BGB genügt es, dass dem einzelnen Sozius die selbständige und eigenverantwortliche Bearbeitung von Mandaten überlassen worden ist. Das führt aber, wie vorstehend ausgeführt, analog § 31 BGB nur zur Haftung der Sozietät (und entgegen der Auffassung des IX. Zivilsenats des BGH nicht automatisch zur Haftung aller Gesellschafter).

Auch der „Scheinsozius“ kann danach Vertreter im Sinne von § 31 BGB sein²⁰. Und umgekehrt haftet der Scheinsozius für die Fehler der anderen, wenn die übrigen Haftungs Voraussetzungen vorliegen²¹.

4. Außervertragliche Haftung der Sozien

Der Grundsatz der analogen Anwendung des § 128 HGB hat zur Folge, dass die Gesellschafter für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten haften, unabhängig davon, ob sie rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Natur sind, wie etwa Ansprüche aus CIC, Bereicherungsrecht, Delikt oder auch Steuerschulden²². Für berufshaftungsrechtliche Verbindlichkeiten gelten die vorstehenden Ausführungen zur Vertragshaftung entsprechend.

5. Haftung neu eintretender Gesellschafter

Der II. Zivilsenat des BGH hat entschieden, dass der in eine Sozietät eintretende Rechtsanwalt für Altschulden analog § 130 HGB haftet²³, wobei er offen gelassen hat, ob dies auch für Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen zutrifft. Auch wenn es bereits gute Gründe gegen eine analoge Anwendung des § 130 HGB überhaupt gibt²⁴, hat sich die

14 BGH NJW 2007, 2490, 2493.

15 So Grunewald JZ 2004, 684; Weinbeer AnwBI 2007, 711, 713.

16 BT-Dr 13/9820, 21.

17 Vgl. Zacharias AnwBI 2003, 679, 680; Sassenbach AnwBI 2006, 304, 308; Sieg WM 2002, 1432, 1435; dagegen K. Schmidt NJW 2005, 2801, 2806.

18 BGHZ 154, 88, 93 = NJW 2003, 1445; BGHZ 155, 205, 210 = NJW 2003, 2984; BGH NJW 2007, 2490, 2491.

19 BGH NJW 2007, 2490, 2491.

20 BGH NJW 2490, 2492.

21 K. Schmidt NJW 2005, 2801, 2809.

22 BGH NJW 2003, 1803; NJW 2006, 765.

23 BGHZ 154, 370, 373 = NJW 2003, 1803; NJW 2006, 765.

24 Vgl. z. B. Baumann/Röbber NZG 2002, 713; Beuthien JZ 2003, 969; Dauner-Lieb in Festschrift für Ulmer, 2003, S. 73 ff.; Wiedemann JZ 2001, 664.

Praxis auf diese Rechtsprechung, die jetzt auch der herrschenden Meinung entspricht, einzurichten. Für die Partnerschaftsgesellschaft sieht § 8 Abs. 1 Satz 2 PartGG die analoge Anwendung von § 130 HGB ausdrücklich vor.

Gerade bei der Anwendung von § 130 HGB wird besonders deutlich, dass es erforderlich ist, für berufliche Haftungsfälle eine Ausnahme zu machen. Denn auf das Haftungspotential eines neu eintretenden Gesellschafters hat der Mandant, der die Sozietät nur wegen eines bestimmten Anwalts oder einiger Anwälte beauftragt hat, nicht vertraut. Für den beitretenden Rechtsanwalt besteht die Gefahr einer Deckungslücke für die Berufshaftpflichtversicherung²⁵.

Wer – mit dem BGH²⁶ – annimmt, dass § 130 HGB einer im Verkehrsschutzinteresse zu Ende gedachten Akzessorität genügen will, kann wegen der berufshaftungsrechtlichen Besonderheiten in solchen Fällen ein Schutzbedürfnis nicht mehr ausmachen.

Zweifelhaft ist darüber hinaus, ob die Haftung des § 130 HGB auch für den Scheinsozius gilt. Das wird – mit dem OLG Saarbrücken – zu verneinen sein²⁷. Vertrauensschutzgesichtspunkte sind in Bezug auf einen später „eintretenden“ Scheingesellschafter ohnehin nicht anzuführen. Und auch der Gedanke, dass die Haftung des § 130 HGB das Korrelat zu den Zugriffsmöglichkeiten auf das bereits vorhandene Gesellschaftsvermögen ist, scheidet aus, wenn nur der Anschein einer Gesellschafterstellung erweckt wird²⁸. Im Einzelfall mag es indessen zu einer Haftung nach Rechtschensgrundsätzen kommen können.

Der BGH hatte seine Rechtsprechungsänderung zur analogen Anwendung von § 130 HGB mit einem Vertrauensschutz zu Gunsten derjenigen Gesellschafter versehen, die vor der Rechtsprechungsänderung beigetreten waren²⁹. Die Grenzen dieses Vertrauensschutzes hat der BGH in einer Art teleologischer Reduktion des Vertrauensschutzes dort gezogen, wo der Gesellschafter mit entsprechenden Verbindlichkeiten (z. B. Stromlieferung) rechnen musste³⁰.

6. Haftung gem. § 28 HGB analog?

Schon vom Grundsatz her umstritten ist, ob § 28 HGB analog auf eine GbR anwendbar ist³¹. Der IX. Zivilsenat des BGH hat die Grundsatzfrage offen gelassen und – zu Recht – eine analoge Anwendung für den Fall abgelehnt, dass sich ein Rechtsanwalt mit einem bisher als Einzelanwalt tätigen anderen Rechtsanwalt zu einer gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließt³². Bemerkungen zu diesen Streitfragen stehen vor der Schwierigkeit, dass schon die Grundfrage heillos umstritten ist, was nicht zuletzt damit zusammenhängt, dass der Leitgedanke des § 28 HGB – ähnlich wie bei der Parallelnorm des § 25 HGB – völlig streitig ist³³. Diejenigen, die schon dem Grunde nach eine analoge Anwendung des § 28 HGB auf BGB-Gesellschaften ablehnen³⁴, lehnen auch die Anwendung auf eine Sozietät ab. Indes sind es gerade die Besonderheiten der anwaltlichen Tätigkeit, die unabhängig von der Lösung der Grundfrage die Entscheidung des XI. Zivilsenats tragen³⁵. Bei einer Einzelkanzlei fehlt es im Sinne von § 28 HGB am „Geschäft eines Einzelkaufmanns“, das die persönliche Bindung so überlagert, dass der Kontakt zu dem „Geschäft“ Anknüpfungspunkt für die Fortsetzung der Haftung durch die Gesellschafter der Sozietät werden könnte. Das hängt in erster Linie damit zusammen, dass die Anwaltstätigkeit in erster Linie durch die persönliche und eigenverantwortliche Dienstleistung geprägt wird, wie der IX. Senat zutreffend ausgeführt hat³⁶.

Das gilt erst recht für die Haftungsanknüpfung. Alle zu § 28 HGB vertretenen Schutzzwecke sind nicht berührt. Weder gibt es einen Anknüpfungspunkt für eine etwa typisierte Rechtsscheinhaftung, noch kann eine typisierte Erklärung zur Schuldübernahme fingiert werden. Allenfalls das Haftungsfonds-Prinzip könnte bemüht werden, weil der neu aufgenommene Sozius (der aber nicht Scheinsozius sein dürfte) am Vermögen beteiligt wird; das prägt aber nicht, da der Haftungsfonds durch die Aufnahme eines Gesellschafters nicht geschmälert wird. Nachvollziehbar ist auch das zweite Argument des IX. Senats, dass eine von § 28 Abs. 1 HGB abweichende Vereinbarung mangels Register nicht im Sinne von § 28 Abs. 2 HGB öffentlich gemacht werden könne³⁷. Bei Licht besehen handelt es sich insoweit allerdings nicht um ein anwaltsspezifisches Argument, sondern um ein Argument gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 28 HGB auf BGB-Gesellschaften. Dennoch wird gerade bei der Anwaltschaft die Tragfähigkeit dieses Argumentes deutlich: Mit dem Hinweis auf das Handelsregister macht das Gesetz deutlich, dass es sich im Rahmen von § 28 HGB um eine durch Publizität begründete Haftung handelt, die allerdings individuell und durch Publizität ausgeschlossen werden kann. Beim Eintritt eines Anwalts in eine bestehende Anwaltskanzlei fehlt es aber im Hinblick auf die begründeten Vertragsbeziehungen mit dem Einzelanwalt an einem solchen über die Person hinausgehenden Publizitätseffekt. Deshalb kann es auch kein sinnvolles Korrelat im Sinne von § 28 Abs. 2 HGB geben. Die insoweit von den Befürwortern der analogen Anwendung auf die entstehende Anwaltssozietät vorgebrachten Hinweise, immerhin die Partnerschaftsgesellschaft könne ja einen Haftungsbeschränkungsvermerk in das Partnerschaftsregister eintragen³⁸ bzw. Anwälte hätten die Möglichkeit, eine entsprechende Haftungsbegrenzung nach Außen formlos zu verlautbaren³⁹, führt entweder zum Zwang in die Partnerschaftsgesellschaft oder aber zur Annahme völlig lebensfremder Korrespondenz mit allen Mandanten und Vertragspartnern der früheren Einzelkanzlei.

Für Berufshaftungsfälle ist daher eine analoge Anwendung des § 28 HGB grundsätzlich abzulehnen. Anders strukturiert ist die Argumentation im übrigen Bereich der Haftung für bereits begründete Verbindlichkeiten: Insoweit muss Farbe zur Grundfrage bekannt werden, ob für BGB-Gesellschaften eine analoge Anwendung des § 28 HGB in Betracht kommt.

25 Zugehör/Sieg, Handbuch der Anwaltschaft, 2. Auflage 2006, Rn. 357; Hartung, AnwBI 2007, 849, 851.

26 BGHZ 154, 373.

27 OLG Saarbrücken NZG 2006, 619.

28 OLG Saarbrücken NZG 2006, 619.

29 BGHZ 154, 370 ff.

30 BGH NJW 2006, 765.

31 Nachweise zum Streitstand bei BGH NJW 2004, 836 ff.; Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl., § 28 Rn. 2; MüKo-Lieb, HGB, § 28 Rn. 10.

32 BGHZ 157, 361, 365 ff. = NJW 2004, 836 ff.; dagegen: Grunewald, JZ 2004, 683.

33 Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl., § 28 Rn. 1.

34 Vgl. nur Zimmer/Scheffel in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 31. Aufl. 2000, § 28 Rn. 16; Staub/Hüffer, HGB, 4. Aufl. 1995, § 28 Rn. 29.

35 So insbesondere Henssler LMK 2004, 118.

36 BGHZ 157, 361 = NJW 2004, 836, 837.

37 BGHZ 157, 361 = NJW 2004, 836, 838.

38 K: Schmidt NJW 2005, 2801, 2807.

39 Knöfel AnwBI 2006, 373, 375.

III. Gewinnverteilungsregeln

1. Vertragsgestaltung

Höchstrichterliche Rechtsprechung zu Problemen der Gewinnverteilung ist selten. Das bedeutet aber nicht, dass Auseinandersetzungen über die Gewinnverteilung selten wären. Gestritten wird aber über den Inhalt der zu vereinbarenden Vertragsregelungen, nicht über deren Wirksamkeit.

Auffällig ist, dass in den verfügbaren Veröffentlichungen zum Sozietätsrecht Vorschläge zur Gewinnverteilung recht zurückhaltend gemacht werden⁴⁰. Wenn es in einer Neuauflage zum Sozietätsrecht⁴¹ heißt, die Verteilung von Gewinn und Verlust der Sozietät orientiere sich im allgemeinen an der Beteiligung der Partner am Gesellschaftsvermögen, so ist dieser Satz nach meiner – allerdings nicht repräsentativen – Kenntnis deutscher Sozietätsverträge schlicht falsch. Es ist allenfalls umgekehrt: Regelungen zur Beteiligung am Gesellschaftsvermögen fehlen häufig; allenfalls lässt sich aus den prozentualen Angaben zur Gewinnverteilung ein Rückschluss auf die Vermögensbeteiligung ziehen⁴².

Heussen hat zuletzt überzeugend darauf hingewiesen⁴³, dass die Erarbeitung der Gewinnverteilung abhängt von der Gesamtstruktur der Praxis, ihrer Strategie und der Unternehmenskultur der Sozietät. Mindestens fünf verschiedene Typen werden in der Vertragspraxis vorgefunden⁴⁴:

- Typ 1: Gewinnverteilung abhängig vom individuellen Beitragsergebnis (Merit Based)
- Typ 2: Verteilung des Gewinns nach Köpfen und/oder Alter/Unternehmenszugehörigkeit
- Typ 3: Gewinnverteilung nach Zahl der Gesellschaftsanteile (ähnlich wie bei der GmbH)
- Typ 4: Kombinationen aus den Typen 1 bis 3
- Typ 5: Reines Lockstep-System (schrittweises Aufrücken innerhalb definierter Punktzahlen und ebenso schrittweises Abschmelzen nach Erreichen eines bestimmten Lebensalters).

Mehr und mehr setzt sich die Auffassung durch, dass bei ergebnisorientierter Gewinnverteilung nicht nur der Umsatz ein wesentliches Parameter ist, sondern dass Wissensmanagement, Akquisition und allgemeines Management eine wesentliche Rolle spielen können⁴⁵. Zu den neueren Entwicklungen des Sozietätsrechts gehören also durchaus neuere Überlegungen zu den Gewinnverteilungsregeln, auch wenn deren Haltbarkeit durch neuere Rechtsprechung noch nicht überprüft worden ist.

2. Anpassungsbedarf

Zuweilen halten Sozien die im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Gewinnverteilungsregelungen nicht mehr für angemessen, ohne dass sie mit ihren Veränderungswünschen – ganz oder teilweise – durchdringen. Vor Schiedsgerichten oder ordentlichen Gerichten wird dann ein Anspruch auf Anpassung der bisherigen Gewinnverteilungsregeln geltend gemacht. Ähnliche Versuche sind noch häufiger im Zusammenhang mit Ruhestandsbezügen älterer oder ausgeschiedener Sozien insbesondere dann, wenn die Ertragskraft der Praxis nachlässt. Zu den damit aufgeworfenen Problemen ist mir aktuelle Rechtsprechung des BGH nicht bekannt. Möglicherweise gibt es insoweit aber erfolglose Nichtzulassungsbeschwerden.

Die meisten mir insoweit bekannt gewordenen Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass zwar Erwartungen eines oder mehrerer Gesellschafter mit den dann tatsächlich einge-

tretenen Verhältnissen nicht überein stimmten, dass aber – sei es wegen stillschweigender Risikoübernahme oder sei es mangels Unzumutbarkeit – die Grenzen des § 313 BGB längst nicht erreicht waren.

In rechtlicher Hinsicht ist zweifelhaft, ob überhaupt ein Anspruch eines Gesellschafters auf Anpassung eines Gesellschaftsvertrages auf § 313 BGB gestützt werden kann oder ob sich ein solcher Anspruch im Einzelfall aus gesellschaftlicher Treuepflicht ergibt⁴⁶. Die Abgrenzung beider Institute soll hier nicht vertiefend erörtert werden; zweifelhaft ist jedenfalls, den Unterschied beider Abänderungsmöglichkeiten darin zu sehen, dass sich die Treuepflichten aus der Konkretisierung der vertraglichen Regelungen ergeben sollen, während die Geschäftsgrundlagenregeln nur außervertragliche Veränderungen erfassen sollen⁴⁷. Das OLG Stuttgart⁴⁸ hat jüngst konstatiert, dass die Rechtsprechung des BGH teilweise die Geschäftsgrundlagenlehre angewandt⁴⁹, die Fragestellung aber auch häufig im Zusammenhang mit der Treuepflicht erörtert⁵⁰ oder das Verhältnis letztlich offen gelassen⁵¹ hat. Auch das OLG Stuttgart⁵² hat die Frage offen gelassen, weil nach seiner Auffassung im Einzelfall die Voraussetzungen beider Institute nicht vorlagen, so dass eine Vertragsanpassung nicht verlangt werden konnte: Bestimmte der Gewinnverteilungsschlüssel im Sozietätsvertrag einer Anwaltssozietät eine quotale Bemessung der Gewinnanteile dergestalt, dass sich der Gewinnanteil über ein Punktesystem ausschließlich in Abhängigkeit von der Dauer der Sozietätszugehörigkeit erhöht (so genanntes Lockstep-System), kann ein Partner keine Erhöhung seines Gewinnanteils nach den Grundsätzen über die Änderung der Geschäftsgrundlage oder die gesellschaftliche Treuepflicht mit der Begründung verlangen, er erwirtschaftete mit den von ihm bearbeiteten Mandaten ein im Vergleich zu seiner Gewinnbeteiligungsquote erheblich überproportionalen Anteil am Umsatz und Gewinn der Sozietät.

Diese Auffassung ist sicher im Grundsatz richtig: Wer sich einmal für ein Umsatzunabhängiges System entschieden hat, kann nicht dann, wenn sein Umsatzanteil besonders hoch wird, eine Änderung der Gewinnverteilung verlangen. Grenzfälle mögen aber denkbar sein, in denen ein oder mehrere Sozien, ohne auf Akquisitionserfolge verweisen zu können, die Akte längst mit dem Golfschläger vertauscht haben.

40 Zu Gewinnverteilungsmodellen *Michalski/Römermann* in Henssler/Streck, Handbuch des Sozietätsrechts, 2001, Rn. 216 ff.

41 *Kunz* in: Sozietätsrecht, Handbuch für Rechts-, Steuer- und Wirtschaftsberatende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 4 Rn. 35.

42 vgl. insoweit auch *K. Schmidt* NJW 2005, 2801, 2802.

43 *Heussen*, AnwBl 2007, 169 ff.

44 *Heussen*, AnwBl 2007, 169, 171 im Anschluss an eine Studie von Vaagt & Partner (www.Vaagt&Partner.de).

45 *Heussen*, AnwBl 2007, 169, 172 ff.

46 Nachweise bei *Peres* in Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2006, § 3 Rn. 60 ff., 62 ff., 66 ff.; Münchener Kommentar-BGB Ulmer § 705 Rn. 231; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht § 5 IV d; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 2, S. 120 ff., 201; Münchener Kommentar-Roth § 313 Rn. 120.

47 So aber *Peres* in Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2006, § 3 Rn. 66.

48 Urteil vom 16.5.2007 – 14 U 9/06, BRAK-Mitt. 2007, 182 (nur Leitsatz); Volltext bei Juris).

49 BGHZ 10, 44; NJW 1967, 1081, 1082; NJW 1974, 1656; BB 2004, 397.

50 BGH NJW 1965, 1960; BB 1977, 1271; WM 1978, 1230; WM 1986, 1556.

51 BGH NJW 1974, 1656; BB 2006, 2773, 2775.

52 BRAK-Mitt. 2007, 182 (Leitsatz).

Manche „Alterszahlungen“ sind zu Zeiten vereinbart worden, in welchen der spätere wirtschaftliche Niedergang der Praxis nicht vorausgesagt werden konnte. Wenn etwa in Sozietätsverträgen, wie nicht selten, für den Ruheständler feste Versorgungsbezüge vereinbart sind (etwa in Anlehnung an die Ruhestandsbezüge der Richter), dann mag es wenige Ausnahmefälle geben können, in denen ein Anpassungsanspruch besteht. Das ist beispielsweise in Zusammenhang mit Versorgungsregelungen von reinen OLG-Sozietäten nach Wegfall der Singularzulassung diskutiert worden⁵³. Allerdings ist insoweit in erster Linie zu bedenken, dass die Vereinbarung einer festen Größe, die gewinnunabhängig ist, von Vorne herein das Risiko (und die Chance) auf die Sozietät verlagert hat. Vor diesem Hintergrund können nur krasse Ausnahmefälle ein Abänderungsbegehren rechtfertigen, wenn also beispielsweise über einen längeren Zeitraum der dem Ruheständler auszahlende Betrag höher ist als der Restgewinn, der zur Verteilung auf zwei aktive Sozien verbleibt.

IV. Ausscheiden

1. Mindestdauer der Sozietät

In älteren Sozietätsverträgen finden sich immer wieder Regelungen, die bewirken sollen, dass die Gesellschaft nur aus wichtigem Grunde kündbar sei. Entweder wird ein ordentliches Kündigungsrecht ganz oder für einen langen Zeitraum, etwa für 30 Jahre⁵⁴, ausgeschlossen. Nach einigen Jahren der Unsicherheit ist durch den BGH⁵⁵ nun klargestellt, dass in einem Rechtsanwaltssozietätsvertrag der Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung für einen Zeitraum von 30 Jahren selbst dann eine unzulässige Kündigungsbeschränkung im Sinne des § 723 Abs. 3 BGB darstellt, wenn sie Teil der Alterssicherung der Seniorpartner ist. Ob ein Sozietätsvertrag mit einer 30jährigen Bindungsfrist eine sittenwidrige Knebelung im Sinne von § 138 BGB darstellt, hat der BGH offen gelassen⁵⁶. Die frühere Auffassung, die sich nur an § 138 BGB als Grenze orientierte und daher zeitlich unbeschränkte Befristungen in Gesellschaftsverträgen grundsätzlich zuließ, ist damit überholt.

Es entspricht dem Zweck des § 723 Abs. 3 BGB, Vereinbarungen über die Beschränkung des ordentlichen Kündigungsrechts die Wirksamkeit zu versagen, bei denen die Bindung der Gesellschafter an die Gesellschaft zeitlich unüberschaubar ist und infolge dessen ihre persönliche und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit unverträglich eingeeignet wird⁵⁷. Dieser Ansatz entspricht der ganz herrschenden Meinung in der Literatur⁵⁸. Die überlange Bindung an den Vertrag führt, wie der BGH ebenfalls klargestellt hat⁵⁹, nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages, sondern zur Nichtigkeit der Laufzeitklausel. An die Stelle der unzulässigen Kündigungsbeschränkung tritt in erster Linie die ergänzende Vertragsauslegung und in zweiter Linie das dispositive Recht⁶⁰. Eine über 14 Jahre hinausgehende Bindung hat der BGH auch im Wege ergänzender Vertragsauslegung nicht annehmen wollen⁶¹. Das OLG Stuttgart⁶² hat sich dieser Auffassung angeschlossen und hinzugefügt, dass diese Grundsätze auch gelten, wenn die Partner anlässlich von Vertragsänderungen die unwirksame Laufzeit mehrfach neu in Gang gesetzt haben. Für den Beginn der angemessenen Laufzeit sei dann auf den zuletzt unter den Partnern vereinbarten Neubeginn einer festen Bindungsdauer abzustellen. Das überzeugt.

Für die Vertragsgestaltung ist indessen immer noch offen, ob es eine haltbare Obergrenze gibt. Erwägungen, insoweit zwischen kleineren Sozietäten, die sich angeblich leichter auflösen ließen, und größeren Sozietäten mit erheblichem Anlagevermögen, das sich nur in längeren Zeiträumen amortisierte, zu unterscheiden und für größere Sozietäten eine Dauer von fünf Jahren für angemessen zu halten⁶³, überzeugen nicht. Eine große Sozietät kann die Kündigung eines einzelnen Partners oder einiger weniger Partner eher verkraften als eine Sozietät von vier oder fünf Anwälten, die in ihrem Marktsegment durch unterschiedliche Spezialisierung der Partner gerade deshalb erfolgreich ist und für die jeder Verlust eines Partners ein nachhaltiger Aderlass bedeutet. Die gegenwärtigen Üblichkeiten auf dem Anwaltsmarkt sprechen insgesamt dafür, die einzelnen Mitgliedschaften nicht zu versteinern, das Versorgungsinteresse der Senioren gesellschaftsunabhängiger zu berücksichtigen und eher auf wechselseitiges Vertrauen als auf unhaltbare Kündigungsschranken zu setzen. Auch hier werden sich Anknüpfungspunkte für ein Sonderrecht ergeben. Für andere Sozietäten, insbesondere Gemeinschaftspraxen von Ärzten, können insoweit je nach Investitionsbedarf für Apparatemedizin ganz andere Gesichtspunkte maßgeblich sein.

2. Hinauskündigung

Nach wie vor enge Grenzen setzt der BGH der vertraglich eingeräumten Möglichkeit, einen Gesellschafter auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes „hinaus zu kündigen“. Regelungen, die einem Gesellschafter, einer Gruppe von Gesellschaftern oder der Gesellschaftermehrheit das Recht einräumen, einen Mitgesellschafter ohne sachlichen Grund aus der Gesellschaft auszuschließen, sind danach grundsätzlich wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig⁶⁴. Tragend ist insoweit die „Damoklesschwert“-Erwägung:⁶⁵ Der von der Ausschließung oder Kündigung bedrohte Gesellschafter empfindet das freie Kündigungsrecht des anderen als Disziplinierungsmittel, so dass er aus Sorge, der Willkür des ausschließungsberechtigten Gesellschafters ausgeliefert zu sein, nicht frei von seinen Mitgliedschaftsrechten Gebrauch macht oder seinen Gesellschafterpflichten nicht nachkommt, sondern sich den Vorstellungen der anderen Seite beugt. Andererseits nimmt der BGH an, dass eine Hinauskündigungsklausel wirksam ist, wenn sie wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt ist; sie könne aber nicht zeitlich unbegrenzt bestehen⁶⁶.

53 *Grunewald* AnwBI 2001, 377 ff.

54 So in dem Fall, der dem Urteil des BGH vom 18.9.2006 II ZR 137/04, NJW 2007, 295 ff., zugrunde lag.

55 BGH NJW 2007, 295 ff.

56 Vgl. *Goette* AnwBI 2007, 637, 641.

57 So schon BGHZ 50, 316 ff.; BGH NJW 2007, 295.

58 vgl. nur *Erman/Westermann* § 723 Rn. 22.

59 BGH NJW 2007, 295 ff.

60 *Goette* AnwBI 2007, 637, 642.

61 BGH NJW 2007, 295, 296.

62 BRÄK-Mitt 2007, 182 = ZIP 2007, 1714 (nur Leitsatz); Volltext bei Juris. Das Urteil ist nicht rechtskräftig; Nichtzulassungsbeschwerde II ZR 128/07 BGH.

63 *Peres* in *Sozietätsrecht*, 2. Aufl. 2006, § 7 Rn. 33.

64 BGHZ 68, 212 ff.; 81, 263 ff.; 105, 213 ff.; 112, 103 ff.; 164, 98 ff. + 107 ff.

65 BGHZ 81, 263, 268; BGHZ 105, 213, 217, 112, 103, 108.

66 BGH ZIP 2007, 1309, 1310; BGHZ 164, 98, 102.

Diese Rechtsprechung ist so gefestigt, dass Kritik an ihr wenig Erfolg versprechend zu sein scheint⁶⁷. Mir leuchtet es nach wie vor nicht ein, § 138 BGB als Maßstab zu wählen, da es für die Wirksamkeitskontrolle auf die Umstände bei Vertragsschluss ankommt und spätere Veränderungen irrelevant sein müssten. Da sich die sachliche Rechtfertigung indessen im Laufe der Zeit durchaus unterschiedlich darstellen kann, wäre eine Ausübungskontrolle des Hinauskündigungsrechts über § 242 BGB der systematisch bessere Weg. So könnte auch eine Fallgestaltung bewältigt werden, die in der Praxis durchaus Schwierigkeiten macht: Bei einer zweigliedrigen Gesellschaft hängt dasselbe „Damoklesschwert“ über dem nach Kündigung des Vertrages oder Mitgliedschaft alsdann verbleibenden Gesellschafter. Er ist aber nicht geschützt, weil das Kündigungsrecht des „austretenden“ Gesellschafter von BGH geschützt wird, während die Hinauskündigungsmöglichkeit eingeschränkt wird.

Den Gesellschafter „minderen Rechts“⁶⁸, der insoweit weniger schutzwürdig wäre, erkennt der II. Senat nach wie vor nicht an, prüft aber in jedem Einzelfall⁶⁹, ob es rechtfertigende Gründe für die Hinauskündigung gibt, die nicht die Qualität eines wichtigen Grundes haben müssen. Als sachlich gerechtfertigt hat der BGH etwa eine Klausel erachtet, nach der nach Beendigung eines zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter bestehenden Kooperationsvertrages auch die Gesellschafterstellung gekündigt werden darf⁷⁰. Entsprechendes gilt für Regelungen, welche die Kündigung eines Gesellschafter für den Fall der Beendigung seines Amtes als Geschäftsführer⁷¹ oder für den Fall seines Ausscheidens als Angestellter⁷² gestatten. In jüngster Zeit ist die Entscheidung zur Vererbung einzelkaufmännischer Unternehmen hinzugekommen⁷³: Vererbt der Inhaber sein einzelkaufmännisches Unternehmen in der Weise an seine beiden Kinder, dass er ihnen dessen Einbringung in eine von ihnen zu gründende KG und den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages auferlegt, der dem einen Kind auch im Falle einer an keine Gründe geknüpften Eigenkündigung das Recht zur Übernahme des Geschäftsbetriebs einräumt, so ist das damit verbundene freie Hinauskündigungsrecht sachlich gerechtfertigt, weil es auf der Testierfreiheit des Erblassers beruht, der durch diese Gestaltung dem anderen Kind eine bereits mit dem Kündigungsrecht belastete Beteiligung vermach hat.

Diese Grundsätze gelten auch für Freiberuflersozietäten⁷⁴. Das zeigt die Laborärzteentscheidung⁷⁵: Wenn das Ausschließungsrecht bei Aufnahme eines neuen Gesellschafter in eine Freiberufler-Praxis dazu dient, den Altgesellschaftern binnen angemessener Frist die Prüfung zu ermöglichen, ob zu dem neuen Gesellschafter das notwendige Vertrauen aufgebaut werden kann, ist eine freie Hinauskündigung innerhalb dieser Zeit sachlich gerechtfertigt. Dieses Urteil hat der BGH mit seiner Entscheidung vom 7.5.2007⁷⁶ abermals bestätigt und für eine im Jahr 2000 nach dem zu dieser Zeit gültigen Zulassungsrecht gegründete ärztliche Gemeinschaftspraxis die höchstzulässige Frist, innerhalb derer der aufnehmende Vertragsarzt prüfen kann, ob eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem eintretenden Vertragsarzt auf Dauer möglich ist, mit drei Jahren bemessen. Da nach dem damals geltenden Zulassungsrecht nur eine kurze Tätigkeit im Angestelltenverhältnis erlaubt war, ist indessen zweifelhaft, ob dieser Zeitraum von drei Jahren vom BGH auch heute noch für angemessen gehalten würde⁷⁷. Wo, wie im Bereich der Anwaltschaft, kein Zwang besteht, umge-

hend eine Sozietät zu begründen, dürfte man nach den Kriterien des BGH manches für einen kürzeren Zeitraum sprechen⁷⁸.

Als Reaktion auf die Laborärzteentscheidung des BGH finden sich neuerdings in Sozietätsverträgen Regelungen, wonach einem Partner, der der Sozietät weniger als drei Jahre angehört, durch gemeinsame schriftliche Erklärung der übrigen Partner gekündigt werden kann, wenn ein sachlich gerechtfertigter Grund besteht. Solche Formulierungen könnten den Eindruck erwecken, als sei innerhalb der ersten drei Jahre doch kein freies Hinauskündigungsrecht vereinbart, sondern es müsse auch innerhalb dieser Zeit noch ein – von den übrigen Partnern dann auch noch darzulegender oder zu beweisender – sachlicher Grund gegeben sein. Der BGH indessen hat deutlich gemacht, dass er allein die „Probezeit“ von drei Jahren zur bloßen Prüfung der Frage, ob vertrauensvolle Zusammenarbeit möglich ist, als sachliche Rechtfertigung des Hinauskündigungsrechts genügen lässt. Problematisch ist, ob es neben einer solchen „Eingewöhnungsphase“ auch noch eine sachliche Rechtfertigung zur unterschiedlichen Behandlung von „Juniorsozien“ gibt, die nur zu einem ganz geringen Prozentsatz⁷⁹ oder zunächst gar nicht am Gesellschaftsvermögen beteiligt werden⁸⁰. Die Vertragsgestaltungspraxis sollte solche Experimente im Zweifel unterlassen.

3. Kollektivkündigung

Die Schwierigkeiten, die die Rechtsprechung des BGH einer Hinauskündigung eines missliebigen Partners in den Weg stellt, führen in der Praxis gelegentlich zur Überlegung, dass die übrigen Sozien ihre Mitgliedschaft in der Sozietät jeweils kündigen⁸¹. Die Rechtsprechung des BGH läßt geradezu zu einem solchen Vorgehen ein. Eine solche „Kollektivkündigung“ kann sich auf das Prinzip der Kündigungsfreiheit berufen, das insbesondere in Berufsausübungsgesellschaften auch noch durch Art. 12 Abs. GG verfassungsrechtlich abgesichert ist⁸². Hürden sind durchaus – als Ausübungsschranken – das Verbot der Kündigung zur Unzeit als gesetzlich geregelter Missbrauchsfall und das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot. Indessen hatte der BGH⁸³ gebilligt, dass ein Gesellschafter die Auflösung einer Gesellschaft mit dem Ziel

67 Kritisch zuletzt nochmals *Drinkuth* NJW 2006, 410 ff.; siehe auch Hirtz BB 1981, 761 ff.

68 *Flume* NJW 1979, 902, 904.

69 BGH NJW-RR 2007, 913 ff. (Vererbung einzelkaufmännischer Unternehmen), ZIP 2005, 706 ff. (Franchise-Vertrag), NJW 2005, 3641 (Manager-Modell), NJW 2005, 3644 (Mitarbeiter), ZIP 2004, 903 (Laborärztestfall).

70 BGH ZIP 2005, 706.

71 BGH NJW 2005, 3641.

72 BGH NJW 2005, 3644.

73 BGH NJW-RR 2007, 913 ff.

74 *Goette* AnwBI 2007, 637, 643.

75 BGH ZIP 2004, 903.

76 BGH ZIP 2007, 1309.

77 Vorsichtig: *Goette* AnwBI 2007, 637, 643.

78 Zurückhaltend auch: *Koch/Kilian*, Anwaltliches Berufsrecht, 2007, Rn. 957.

79 Für eine analoge Anwendung der Grundsätze der §§ 327 ff. AktG (5%-Regelung): *Kilian* WM 2006, 1567, 1573.

80 Vgl. zu einer solchen Fallgestaltung zum Abfindungsanspruch: OLG Celle NZG 2007, 542.

81 Vgl. im Einzelnen *Henssler/Kilian* ZIP 2005, 2229 ff.

82 *Henssler/Kilian* ZIP 2005, 2229, 2231.

83 BGH WM 1980, 378.

betrieb, das von der Gesellschaft geführte Unternehmen allein fortzuführen. Aktuelle höchstrichterliche Urteile zur Problematik von Gruppen- oder Kollektivkündigungen sind mir nicht bekannt. Als ultima ratio mag eine entsprechende Ankündigung der Möglichkeit einer Kollektivkündigung durchaus einvernehmliche Regelungen begünstigen helfen.

V. Abfindung und Mandantenschutz

1. Wettbewerbsverbote

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote geraten im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung von Freiberuflersozietäten in den Blickpunkt der Rechtsprechung. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote können in Sozietätsverträgen wirksam vereinbart werden⁸⁴. Der BGH hält ein solches Wettbewerbsverbot grundsätzlich für zulässig, wenn es gegenständlich, zeitlich und räumlich begrenzt ist⁸⁵. Man kann annehmen, dass die zeitliche Grenze bei zwei Jahren liegt⁸⁶. Die räumlichen Grenzen hängen von der örtlichen Struktur der Sozietät ab⁸⁷. Je spezialisierter das Tätigkeitsfeld ist, um so größer darf der Radius für das Verbot ausgedehnt werden⁸⁸.

Beachtet das vertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbot die zeitlichen Grenzen nicht, ist es nicht etwa ganz unwirksam, sondern wird auf die angemessene Zeit geltungserhaltend reduziert⁸⁹. Anders ist es bei Verstößen gegen gegenständliche und räumliche Grenzen; diese führen zur Nichtigkeit des Wettbewerbsverbots⁹⁰.

So weit es um die isolierte Wirksamkeit eines Wettbewerbsverbots geht, dürfte sich die Vertragsgestaltung auf der sicheren Seite bewegen, die sich auf eine auf zwei Jahre befristete Mandantenschutzklausel beschränkt, die also Wettbewerb des ausscheidenden Sozius für zwei Jahre insoweit verbietet, als die bislang von der Kanzlei betreuten Mandanten angesprochen sind.

2. Wechselwirkung zwischen Abfindungsregelungen und Wettbewerbsverboten

Während bei hochtechnisierten Ärztesellschaften der Wert der Praxisausstattung für die Feststellung eines Abfindungsanspruches gemäß § 738 BGB durchaus von erheblicher Bedeutung ist, spielt er für Sozietäten von Anwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern in der Regel keine Rolle. Der Wert der Beteiligung des einzelnen Sozius liegt hier also im Wesentlichen in den Mandantenbeziehungen⁹¹. Der Abfindungsanspruch schließt also über den Goodwill den Wert der Mandantenbeziehungen ein. Wird nun durch eine Abfindungsvereinbarung vorgesehen, dass der Ausscheidende nur an den Buchwerten des Praxisvermögens, nicht aber am Goodwill beteiligt wird, kann die Abfindungsklausel unwirksam sein.

Nach ständiger Praxis des BGH ist es eine Frage der Bewertung sämtlicher Einzelfallumstände, ob eine Abfindungsvereinbarung gegen § 138 BGB verstößt, dem Verbot übermäßiger Einschränkungen der Kündigungsfreiheit gem. § 723 Abs. 3 BGB widerstreitet oder ob es wegen der Entwicklung der Wertverhältnisse gegen Treu und Glauben verstößt, wenn sich die Gesellschaft auf die vertragliche Regelung beruft⁹².

Wenn die Mandantenbeziehungen das wertvollste Gut der Freiberuflersozietät sind, muss die Prüfung der rechtlichen Wirksamkeit von Abfindungsbeschränkungen die

Frage in den Blick nehmen, welche Möglichkeiten der ausgeschiedene Sozius hat, an diesem Wert zu partizipieren.

In jüngerer Zeit, insbesondere nach der Einführung anwaltlicher Versorgungswerke, haben sich in Deutschland Sozietätsregelungen etabliert, die einem „naked in/naked out“-Modell entsprechen. Der eintretende Junior muss für die Übernahme des ihm langsam zuwachsenden Gesellschaftsanteils kein Entgelt bezahlen. Seine Gewinnquote berücksichtigt jedenfalls teilweise die Dauer seiner Sozietätszugehörigkeit. Verlässt er die Sozietät, soll er der Sozietät nichts verschulden; umgekehrt sollen auch keine Abfindungsansprüche bestehen. Manchmal enthalten solche Sozietätsverträge dann auch noch Regelungen über ein – zeitlich und örtlich beschränktes – Wettbewerbsverbot⁹³.

Alle Beteiligten, die jedenfalls nach ihrem eigenen Bewusstsein auch über ein Mindestmaß an Rechtskunde verfügten, hatten bei Abschluss solcher Verträge durchaus den Eindruck, in keinerlei Hinsicht gegen die guten Sitten zu verstoßen. Einen gewissen Mindestschutz wollten die Gesellschafter zur Verfolgung ihrer gemeinsamen Zwecke ihrer Sozietät durchaus angedeihen lassen. Indessen ist die Kombination der „naked in/naked out“-Regelungen mit einem Wettbewerbsverbot nach den Maßstäben der neueren BGH-Rechtsprechung höchst gefährlich.

Der Sozius, der durch ein Wettbewerbsverbot gehindert wird, nach seinem Ausscheiden auf den Mandantenstamm der Sozietät zurückzugreifen, und der zugleich durch die Beschränkung seines Abfindungsanspruches keinen Gegenwert für die Mandantenbeziehungen erhält, kann insgesamt so benachteiligt sein, dass die Abfindungsregelung im Ergebnis unwirksam ist⁹⁴.

Trifft den Ausscheidenden indessen kein Wettbewerbsverbot, kann er auf den Mandantenstamm zurückgreifen. Er erhält damit – wirtschaftlich gesehen – „seinen“ Anteil am Goodwill der Praxis. In einem solchen Fall ist daher eine Abfindungsbeschränkung grundsätzlich zulässig⁹⁵.

Unklar ist, ob es erforderlich ist, dass im Sozietätsvertrag ausdrücklich auf die Möglichkeit der Nutzung von Sozietätsmandanten hingewiesen werden muss⁹⁶. Das wird man aber nicht annehmen können. Denn ohne Wettbewerbsverbot ist der ausscheidende Sozius insoweit frei. Da aber, wie Goette⁹⁷ zu Recht betont, bei einer Freiberuflersozietät die Aufteilung der Sachwerte und die rechtlich unbeschränkte Möglichkeit, um die Mandanten, Klienten oder Patienten der Praxis zu werben, die natürliche Form der Auseinandersetzung einer solchen Gesellschaft ist, besteht kein Bedarf für Abfindungs-

84 Westermann AnWBI 2007, 103, 109 ff.; Peres in Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2006, § 8 Rn. 21.

85 BGH BB 2005, 2089 ff.; NJW 2004, 66; NJW 2000, 2584.

86 Goette AnWBI 2007, 637, 643, 644.

87 Weitere Nachweise bei Westermann AnWBI 2007, 103, 109.

88 Goette AnWBI 2007, 637, 644.

89 Goette AnWBI 2007, 637, 644.

90 BGH NJW 2005, 3061, 3062; NJW 2000, 2584; Wertentruch NZG 2006, 408, 411.

91 Vgl. Römermann NJW 2007, 2209, 2214.

92 Vgl. zu den Einzelheiten Münchener Kommentar-Ulmer, BGB, 4. Aufl. § 738 Rn. 44, 66 ff.; Staudinger/Habermeier, BGB, 13. Bearbeitung 2003, § 738 Rn. 23 ff.; Peres in: Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2006, § 8 Rn. 63 ff.; Hirtz BB 1981, 761 ff.

93 Vgl. zu verschiedenen Varianten: Westermann AnWBI 2007, 103 ff.

94 Westermann AnWBI 2007, 103, 108.

95 BGH NJW 2000, 2584; 1995, 1551; 1994, 796.

96 In diesem Sinne Weipert AnWBI 2005, 93, 94.

97 AnWBI 2007, 637, 643.

ansprüche, wenn der Zugriff auf Mandanten, Klienten und Patienten nicht beschränkt wird. Gerade weil der BGH für ein Gleichgewicht zwischen dem Mandatsschutz und der Beteiligung am Fortführungswert der Sozietät sorgt⁹⁸, kann es auf eine ausdrückliche Gestattung nicht ankommen. Es ist vielmehr sogar umgekehrt: Gibt es keine abfindungsbeschränkende Vereinbarung und nimmt der Ausgeschiedene daher über die Abfindung am Wert des Mandantenstamms teil, wird daraus im Umkehrschluss ein zeitlich befristetes Wettbewerbsverbot im Hinblick auf die Mandanten der Sozietät folgen⁹⁹.

Diese Überlegungen passen aber nicht auf die Fälle, in denen der ausscheidende Sozius (etwa aus Altersgründen) gar nicht mehr auf den Mandantenstamm zurückgreifen kann oder zurückgreifen will. Abfindungsregelungen, die für den ausscheidenden Ruheständler keine Beteiligung am Wert des Mandantenstamms vorsehen und keine – dies etwa ausgleichenden – Ruhestandsbezüge vorstehen, sind daher nach wie vor nicht unproblematisch, obwohl sie weit verbreitet sind.

Erhebliche Unklarheiten bestehen auch noch bzgl. der Rechtsfolgen der Kombination einer „naked out“ – Regelung mit einem „Wettbewerbsverbot“. Insoweit ist eine neue Entscheidung des OLG Celle¹⁰⁰ bemerkenswert. Das OLG Celle hat offen gelassen, ob die dort zugrunde liegende Mandantenschutzklausel isoliert gesehen wirksam ist. Es hat die Kombination eines eingeschränkten Wettbewerbsverbots mit einer „naked out“-Regelung für problematisch gehalten und daraus den Schluss gezogen, dass das Wettbewerbsverbot unwirksam ist. Weil das Wettbewerbsverbot unwirksam ist, könne der ausgeschiedene Rechtsanwalt weiter auf die Mandanten der Praxis zurückgreifen. Daher sei die „naked out“-Regelung im Sinne der BGH-Rechtsprechung wirksam. Dieser Begründungsansatz ist nicht unproblematisch, weil es ja durchaus sein kann, dass der ausgeschiedene Partner sich an das Wettbewerbsverbot (bis zur Feststellung seiner Unwirksamkeit durch das Gericht) gehalten hat. Er geht also im Ergebnis leer aus, wenn ihm dann auch noch ein Anteil am Goodwill über den Abfindungsanspruch verwehrt wird. In einer anderen aktuellen Entscheidung hat das OLG Celle (NZG 2007, 542) im Übrigen ausdrücklich bestätigt, dass ein Ausschluss des Abfindungsanspruch oder dessen Beschränkung auf den anteiligen Wert des Praxisinventars unter Ausklammerung des Goodwill grundsätzlich unbedenklich ist, wenn der Vertrag auf eine Mandantenschutzklausel oder ein ihr entsprechendes Wettbewerbsverbot zu Lasten des Ausgeschiedenen verzichtet, und des diesem dadurch ermöglicht wird, sich unter Mitnahme der schon bisher von ihm betreuten Mandanten eine eigene Existenz aufzubauen.

Trotz dieser Probleme ist der Begründungsansatz des BGH zu begrüßen. Da die Kombination eines weitgehenden Abfindungsausschlusses mit einem weitgehenden Wettbewerbsverbot im Regelfall nicht hinzunehmen ist, ist mit dem BGH über eine ergänzende Vertragsauslegung zu prüfen, was nunmehr gelten soll: Wegen des für aktive Anwälte stärkeren Eingriffs, der durch das Wettbewerbsverbot begründet wird, sollte dieses im Zweifel unwirksam sein. Vor diesem Hintergrund ist ein weitgehender Abfindungsausschluss für den aktiven Anwalt hinnehmbar.

98 So die Einschätzung von K. Schmidt NJW 2005, 2801, 2804, unter Hinweis auf BGH DSiR 2000, 1021 mit Anmerkung Goette.

99 Goette DSiR 2000, 1023.

100 OLG Celle BRAK-Mitt. 2007, 180 ff.

VI. Ergebnis

Die Gründung einer Sozietät oder der Eintritt in eine bestehende Sozietät führt – vor allem für den Neugesellschafter – zu erheblichen Haftungsrisiken, die – ohne ergänzende versicherungsrechtliche Vertragsgestaltung – nicht ohne weiteres versicherbar sind. Die Haftungssituation in der Partnerschaftsgesellschaft bietet insoweit einige Vorteile. Recht frei sind die Sozien bei der inhaltlichen Ausgestaltung von Gewinnverteilungsregeln. Dieser Freiraum muss zur Begründung eines flexiblen und gerechten Gewinnverteilungssystems genutzt werden. Nachdem in den letzten 20 Jahren reine Lockstep-Systeme in den Hintergrund getreten waren, werden sie neuerdings wieder stärker vereinbart. Spätere Anpassungen der Gewinnverteilungsregeln werden im Zweifel nur einvernehmlich gelingen. Regelungen über die Mindestdauer der Sozietät sind rechtlich problematisch. Freie Hinauskündigungsregelungen sind im Zweifel selbst bei einer angemessenen Abfindungsvereinbarung unwirksam. Zwischen vertraglichen Abfindungsregelungen und Mandantenschutzklauseln bestehen erhebliche rechtliche Wechselwirkungen. In vielen Fällen wird die rechtlich unbeschränkte Möglichkeit, um die Mandanten der Praxis zu werben, die einfachste Form der Auseinandersetzung sein.



Dr. Bernd Hirtz, Köln

Der Autor ist Rechtsanwalt. Er ist Vorsitzender des DAV-Ausschusses Zivilverfahrensrecht.

Den Autor erreichen Sie unter autor@anwaltsblatt.de.