

# Gesellschafterwechsel in Anwaltsgesellschaften

Zugleich Besprechung von BGH,  
Beschl. v. 23.11.2009 – II ZR 7/09\*

Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd Hirtz, Köln

Während vor dreißig Jahren Anwaltssozietäten in der Regel auf Dauer angelegt waren, ist die gesellschaftsvertragliche Praxis von Anwaltsgesellschaften in den letzten Jahren sehr stark von Wechselvorgängen geprägt. Nicht nur einzelne Rechtsanwälte wechseln. Häufig kommt es dazu, dass eine ganze Gruppe von Berufsträgern aus einer Gesellschaft ausscheidet und in eine andere Gesellschaft eintritt. Mit solchen Gesellschafterwechseln sind erhebliche Haftungsrisiken verbunden, wie der erst jetzt veröffentlichte Beschluss des BGH vom 23.11.2009 (in diesem Heft ab Seite 68) deutlich macht.

## I. Das Problem: Partnerschaftsgesellschaft und § 28 HGB

Aus den kargen Sachverhaltsangaben des BGH kann geschlossen werden, dass einer Rechtsanwalts-Partnerschaftsgesellschaft mehrere Sozien einer anderen BGB-Gesellschaft (Sozietät) beigetreten waren (nicht aber die andere Sozietät als solche). In dieser Sozietät waren früheren Gesellschaftern Versorgungsansprüche zugesagt worden. Deren Altpartner nahmen die Partnerschaftsgesellschaft – gestützt auf § 28 Abs. 1 HGB – in Anspruch. Das Berufungsgericht hatte die entsprechende Anwendung von § 28 HGB ersichtlich verneint und die Revision zugelassen, weil die analoge Anwendung von § 28 HGB auf die Partnerschaftsgesellschaft bislang höchstrichterlich nicht geklärt und im Schrifttum umstritten ist.

Der BGH lässt Sympathien für eine analoge Anwendung von § 28 HGB auf die Partnerschaftsgesellschaft erkennen, lässt die Frage aber offen, weil auch bei einer analogen Anwendung des § 28 Abs. 1 HGB eine Haftung der Partnerschaftsgesellschaft schon deshalb nicht in Betracht komme, da § 28 Abs. HGB nur die Haftung der Gesellschaft für Altschulden des aufnehmenden Geschäftsinhabers anordne, nicht aber Altschulden des eintretenden Gesellschafters im Blick habe.

## II. Keine analoge Anwendung von § 28 HGB

Zu Unrecht lässt der BGH Wohlgefallen für die Auffassung erkennen, die einer analogen Anwendung des § 28 HGB auf die Partnerschaftsgesellschaft das Wort redet.

Die Begründungsansätze im kontrovers diskutierenden Schrifttum divergieren sehr, weil schon – ebenso wie zu § 25 HGB – keine Einigkeit über den Normzweck besteht; Rechtschein, Haftungsvermögen und Kontinuitätsgedanke werden als Begründungsansatz diskutiert. Die Unklarheiten ergeben sich daraus, dass § 28 HGB auch ohne Fortführung der Firma allein an den Eintritt in ein „Geschäft“ anknüpft. Der BGH scheint zur Auffassung zu neigen, dass jeder Unternehmensträger, nicht bloß der Kaufmann im Sinne des

HGB, als „Einzelkaufmann“ im Sinne von § 28 Abs. 1 HGB angesehen werden könne und dass es genüge, wenn durch den Eintritt in das Geschäft des bisherigen Unternehmers eine das Unternehmen tragende Gesellschaft entsteht. Wie schon früher (BGH NJW 2004, 836 ff) lässt der BGH nach wie vor offen, ob § 28 Abs. 1 HGB auf jeden Unternehmensträger und nicht bloß den Kaufmann anzuwenden ist.

Für den Eintritt eines weiteren Rechtsanwalts in eine Einzelkanzlei hatte der BGH (AnwBl 2004, 376 = NJW 2004, 836) entschieden, dass das einem Einzelanwalt erteilte Mandat in solchem Maße an die Person des beauftragten Anwalts geknüpft ist, dass aus der maßgeblichen Sicht des Rechtsverkehrs der Einzelanwalt nicht als Unternehmen (und Unternehmensträger) angesehen werden könne. Diese Argumentation würde aber nicht auf die Fälle passen, in denen es nicht um Forderungen von Mandanten sondern – wie im vorliegenden Fall – um Versorgungsansprüche etwa eines früheren Partners ginge. Und ob die Überlegungen des BGH auch für Sozietäten gelten (so Peres in: Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2006, § 6 Rn. 141 d), ist bislang höchstrichterlich nicht entschieden.

Gegen die analoge Anwendung von § 28 HGB auf die Partnerschaftsgesellschaft spricht bereits der Umstand, dass § 2 Abs. 2 PartGG eine entsprechende Anwendung zahlreicher Vorschriften der §§ 18 bis 37 des HGB anordnet, dabei § 28 HGB aber bewusst ausnimmt. Dogmatisch könnte daher eine entsprechende Anwendung von § 28 HGB nur über einen doppelten Umweg begründet werden: Man könnte annehmen, einer Anordnung der entsprechenden Anwendung des § 28 HGB auf die Partnerschaftsgesellschaft habe es deshalb nicht bedurft, weil § 28 Abs. 1 HGB ohnehin an jeden Unternehmensträger und nicht lediglich an den Kaufmann im Sinne des HGB anknüpfe und mithin auch ohne Anordnung einer analogen Anwendung durch das Gesetz im Wege einer allgemeinen Analogie argumentiert werden müsse (in diesem Sinne z. B. Ulmer/Schäfer in Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 2 PartGG Rn. 2; Meilicke/v. Westphalen/Hoffmann/Lenz/Wolf, PartGG, 2. Aufl. 2006, § 8 Rn. 35). Der Gesetzesgeschichte lässt sich aber kein Hinweis darauf entnehmen, dass der Gesetzgeber § 28 HGB von der Anordnung der Analogie deshalb ausgenommen hatte, weil er der Auffassung war, die Norm sei ohnehin analog anzuwenden, oder der Gesetzgeber die analoge Anwendung dieser Norm der Entwicklung der Rechtsprechung überlassen wollte. Es gibt also keine planwidrige Regelungslücke.

Während § 8 Abs. 1 Satz 2 HGB durch den Hinweis auf § 130 HGB ausdrücklich anordnet, dass der einer bestehenden Partnerschaft neu beitretende Partner auch für Altverbindlichkeiten haftet, ist eine solche Haftung für den einer Einzelpraxis beitretenden Anwalt gerade nicht vorgesehen, so dass für eine analoge Anwendung des § 28 HGB kein Raum ist (im Ergebnis ebenso Henssler PartGG, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 41; ders., LMK 2004, 118; vgl. auch Henssler-Strohn/Hirtz, PartGG, § 8 Rn. 11).

Gerade der BGH-Fall zeigt deutlich, dass im Bereich von Einzelanwälten und Anwaltsgesellschaften ein bestehendes „Geschäft“ im Sinne der Vorstellung des § 28 HGB gar nicht existiert. Nimmt man an, dass sowohl der aufnehmende Rechtsanwalt als auch der beitretende Rechtsanwalt früher in einer Sozietät organisiert war und aus dieser früheren Sozietät dem jeweiligen Altsozius Versorgungsansprüche verschuldet, wäre völlig unklar, auf wessen Sicht nunmehr ab-

\* In diesem Heft ab Seite 68.

zustellen wäre. Wer ist aufnehmender Gesellschafter und wer eintretender? Jenseits des kaufmännischen Rechtsverkehrs ist im Bereich anwaltlicher Berufsausübung für eine Anknüpfung an ein bestehendes Geschäft im Sinne des § 28 HGB also kein Raum.

Besonders irritiert, dass der BGH einerseits die Parallelwertung zu § 130 HGB erkennt, andererseits aber die Anwendung von § 28 HGB auch im Falle des Beitritts zu einer bestehenden Gesellschaft diskutiert.

### III. Folgen für so genannte Praxisfusionen

Es kann künftig nicht ausgeschlossen werden, dass der BGH die analoge Anwendung von § 28 HGB auf jeglichen Unternehmensträger befürwortet. Zu einer Haftung der Gesellschaft für Verbindlichkeiten der beitretenden Partner führte aber auch diese Analogie nicht.

Diese Ausführungen des BGH dürfen aber nicht zu einer Sorglosigkeit bei der Vertragsgestaltung von Gesellschafteraufnahmen führen. Die Praxis zeigt, dass gerade im Bereich des Bestandes von Versorgungszusagen Haftungsrisiken – auch im Zusammenhang mit so genannten Praxisfusionen – stiefmütterlich behandelt werden, so dass sich immer wieder Zweifelsfragen ergeben. Einige häufig vorkommende Fallgestaltungen sollen nachstehend skizziert werden:

1. Selbstverständlich ist die – untechnische – Umwandlung einer GbR in eine Partnerschaft im Wege des identitätswahrenden Rechtsformwechsels möglich, da sich an der gesellschaftsrechtlichen Struktur nichts ändert (vgl. K. Schmidt NJW 1995, 1, 7; Henssler aaO § 1 PartGG Rn. 33). Wegen der Fortdauer der Identität bleibt es hier bei der Haftung.

2. Partnerschaftsgesellschaften (selbstverständlich auch Anwalt-GmbHs) sind verschmelzungsfähige Rechtsträger im Sinne des Umwandlungsgesetzes (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Die Partnerschaft kann als übertragender, übernehmender oder neuer Rechtsträger beteiligt sein (vgl. zu den Einzelheiten Henssler PartGG aaO § 1 Rn. 35 ff sowie § 10 Rn. 41 ff). Rechtsfolge der Umwandlung ist grundsätzlich die Fortdauer der Haftung des neuen Rechtsträgers. §§ 45 e), 45 UmwG ordnen für den Fall, dass die Gesellschafter des neuen Rechtsträgers nicht unbeschränkt haften, die Fortdauer einer persönlichen Haftung der Gesellschafter für die Dauer von fünf Jahren an (Anlehnung an § 160 HGB).

3. Die vorstehend behandelten Grundsätze gelten nicht für BGB-Gesellschaften. Dort sind Fusionen im engeren Sinne kaum denkbar; insoweit kommt es auf die Vertragsgestaltungen an. Scheiden einige Gesellschafter einer Sozietät aus dieser alten Sozietät aus und schließen diese sich einer neuen Sozietät oder Partnerschaftsgesellschaft an (wie im Ausgangsfall des BGH), sind verschiedene Rechtsverhältnisse auseinander zu halten. Im Bereich der alten Sozietät ist zunächst fraglich, ob die ausgeschiedenen Gesellschafter überhaupt (noch) für Versorgungsansprüche der Senioren aus der alten Sozietät haften. Grundsätzlich haften die Gesellschafter nicht persönlich und unbeschränkt für so genannte Sozialverbindlichkeiten der GbR, d. h. aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringende Verbindlichkeiten gegenüber Mitgesellschaftern (vgl. nur Ulmer/Schäfer aaO, § 714 BGB Rn. 39). Mangels ausdrücklicher Regelungen im Sozietätsvertrag oder der Versorgungszusage wird eine Haftung nicht ohne weiteres zu bejahen sein. Gibt es solche Regelungen, müssen sich diese an § 723 Abs. 3 BGB messen lassen

(vgl. BGH ZIP 2008, 967 und andererseits LG Heidelberg NZG 2009, 181). Klare Regelungen im Zusammenhang mit Ausscheidensvereinbarungen fehlen oft, sind aber in der Regel empfehlenswert. Je nach Fallgestaltung wird, wenn nicht Freistellungserklärungen helfen, die Beteiligung der ausgeschiedenen Senioren erforderlich sein. Haften die wechselnden Sozien indessen persönlich, geht deren Haftung grundsätzlich nicht ohne weiteres auf die neue Gesellschaft über, wie der BGH in der hier besprochenen Entscheidung klargestellt hat.

4. Das kann dann anders sein, wenn eine Partnerschaft oder BGB-Gesellschaft durch Einbringung verschiedener Einzelkanzleien neu gegründet wird. Wenn die Einzelkanzleien mit allen Vermögenswerten und Verbindlichkeiten in die Partnerschaft eingebracht werden, können die bisherigen persönlichen Verbindlichkeiten der Gesellschaft werden, für welche dann auch die anderen Sozien (etwa gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 PartGG) haften müssten (so Henssler aaO, § 8 PartGG Rn. 41). Insoweit gibt es allerdings keine im Gesetz angelegte Rechtsnachfolgeregelung. Im Einzelfall kann die Anwendung der Grundsätze der Schuldübernahme oder des Schuldbeitritts nahe liegen. Der bloße Umstand, dass etwa eine Einzelpraxis in eine PartGG eingebracht wird, muss im Außenverhältnis noch nicht ohne weiteres zur Haftung für Altverbindlichkeiten führen, da der bisherige Rechtsträger als Haftungsperson nicht verloren geht.

5. Hoch ist das Risiko jeden Beitritts zur einer bestehenden Partnerschaftsgesellschaft oder Sozietät. Jeder Beitretende haftet gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 PartGG i. V. m. § 130 HGB; § 130 HGB ist jedenfalls jenseits beruflicher Fehlleistungen auf die GbR analog anzuwenden (BGH NJW 2003, 1803). Das Haftungsprivileg des § 8 Abs. 2 erfasst – entgegen einem verbreiteten Missverständnis – nur die Haftung für berufliche Fehler. § 130 HGB setzt aber den Eintritt in eine bestehende Partnerschaft (oder Gesellschaft) voraus.

6. Obwohl der BGH in der hier zu besprechenden Entscheidung die Frage diskutiert, ob eine BGB-Gesellschaft der Partnerschaftsgesellschaft beigetreten sein könnte, bleibt es dabei, dass eine solche Gestaltung grundsätzlich unzulässig ist. Auch der BGH verweist auf § 1 Abs. 1 Satz 3 PartGG, wonach Angehörige einer Partnerschaft nur natürliche Personen sein können, so dass der Beitritt einer GbR gesetzlich ausgeschlossen ist. Indessen erkennt die herrschende Meinung die Fähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts an, Gesellschafterin einer anderen GbR zu werden (BGH NJW 1998, 376; vgl. im Einzelnen Ulmer, aaO, § 705 Rn. 79). Für Anwaltsgesellschaften dürfte das indessen nicht gelten, weil der hinter § 1 Abs. 1 Satz 3 PartGG stehende Rechtsgedanke gerade auch im Hinblick auf den Katalog der sozietätsfähigen Berufe in § 59 a) BRAO gegen die Zulassung von Gesellschaften als Mit-GBG-Gesellschafter spricht; insoweit gibt es allerdings bislang keine Rechtsklarheit.



**Prof. Dr. Bernd Hirtz, Köln**

Der Autor ist Rechtsanwalt. Er ist Honorarprofessor an der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln und Partner der Kanzlei Hirtz und Köbel in Köln.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse [autor@anwaltsblatt.de](mailto:autor@anwaltsblatt.de).