



LLP als Berufsträgergesellschaft

Kein sicherer Hafen

Von Prof. Dr. Thomas Zacher, MBA

Nicht nur große Kanzleien wählen hierzulande zunehmend die Rechtsform der LLP. Doch die vermeintlich ideale Kombination aus steuerlicher Transparenz und kapitalgesellschaftlicher Haftung birgt auch Risiken.

DIE RECHTSFORM der englischen oder US-amerikanischen Limited Liability Partnership (LLP) stößt zunehmend auf Interesse bei den Angehörigen der rechts- und steuerberatenden Berufe in Deutschland. Zunächst war vornehmlich die LLP aus den USA bekannt. Obwohl sich dort die maßgeblichen einzelstaatlichen Regelungen zur LLP derart unterscheiden, dass man zwischenzeitlich bereits von mehreren Generationen US-amerikanischer, gesetzlicher LLP-Verfassungen sprach. Zum 1. Januar 2001 wurde die LLP dann auch in England eingeführt. Man spricht dort mittlerweile von knapp 45.000 registrierten Gesellschaften. Viele sind Berufsträgergesellschaften, speziell Rechtsanwaltsgesellschaften, da sie nach englischem Recht auch für Freiberufler geeignet sind. Damit nimmt die englische LLP an der durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) seit der Centros-Entscheidung stets weiterentwickelten und betonten Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften gemäß Art. 49 in Verbindung mit Art. 54 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) teil. Einer nach englischem Recht ordnungsgemäß und mit zulässigem Gesellschaftszweck gegründeten LLP darf damit die Anerkennung und Berufsausübung in einem anderen Staat der Europäischen Union (EU) jedenfalls grundsätzlich nicht versagt werden, auch wenn sie dort allein tätig wird.

Großkanzleien als Pioniere

Die erste Welle der LLP gelangte nach Deutschland über den Zusammenschluss vieler (deutscher) Großkanzleien mit englischen Partnern, bei denen Sitz und auch tatsächliche Verwaltung – nicht nur wegen des englischen Haftungsregimes – häufig auf London festgelegt wurde. Derzeit gibt es eine zweite Welle, die auch kleinere und mittlere Kanzleien erfasst hat, ohne dass dort in einem signifikanten Umfang Tätigkeiten in England ausgeübt würden. Vielmehr wird der Wettbewerb der Gesellschaftsformen dazu genutzt, eine ganz oder überwiegend in Deutschland vorgenommene Berufsausübung mit Vorteilen zu verbinden, die derzeit das deutsche Gesellschafts- und/oder Berufsrecht noch nicht zulassen.

Hybride Rechtsform

Speziell geht es dabei um die Kombination von steuerlich transparenter Personengesellschaft mit dem Haftungskonzept der Kapitalgesellschaft. Die LLP wird deshalb auch als hybride Rechtsform bezeichnet. Die englische LLP ist nach deutschem Steuerrecht dem Typus der Perso-



Prof. Dr. Thomas Zacher, MBA

lehrt an der Fachhochschule der Wirtschaft (FHDW) Wirtschaftsrecht, Europäisches Recht und International Management. Als Fachanwalt für Steuerrecht sowie für Bank- und Kapitalmarktrecht ist er Partner der Rechtsanwaltskanzlei Zacher & Partner in Köln.

nengesellschaft zuzuordnen und damit regelmäßig als freiberufliche Unternehmerschaft im Sinne der §§ 15, 18 Einkommensteuergesetz (EStG) zu behandeln.¹ Zwar muss sich auch die deutsche LLP insoweit den üblichen Problemen des deutschen Steuerrechts, wie einer etwaigen gewerblichen Prägung usw. stellen, aber dies begründet keinen Nachteil gegenüber einer klassischen deutschen Freiberufler-Personengesellschaft. Denn die entsprechenden Probleme sollten ja einer deutschen Sozietät bei der Entscheidung über Gestaltungsalternativen ohnehin vertraut sein. Auch in England selbst ergibt sich keine originäre Steuerpflicht. Nach englischem Recht besteht dem Grunde nach nicht nur eine ähnliche steuerliche Transparenz, sondern zusätzlich kommt bei den meisten deutschen LLP noch der Aspekt hinzu, dass die Gesellschafter tatsächlich nicht in Großbritannien ansässig sind und dort auch keine Betriebsstätte unterhalten wird.

Eigenes Rechtssubjekt

Trotz der steuerlichen Transparenz geht das englische Recht von einer körperchaftlichen Prägung als eigene Rechtspersönlichkeit aus. Die LLP wird als eigenes Rechtssubjekt streng von ihren Gesellschaftern unterschieden, sodass grundsätzlich auch nur das Vermögen der Gesellschaft gegenüber Dritten als Haftungsmasse dient. Im Übrigen ist auch bei der LLP – insoweit ähnlich der englischen Limited – kein gesetzliches Mindestkapital vorgeschrieben. Damit rückt die LLP in die Nähe der deutschen GmbH und Co. KG, die bekanntlich von der Berufspraxis der Freiberufler zunehmend als interessante Gestaltungsvarianten angesehen und auch postuliert wird, jedoch derzeit noch teilweise auf Widerstand der Rechtsprechung stößt.² Die englische LLP als „GmbH und Co. KG auf anderem Wege“ ist jedoch als deutsche Berufsträgergesellschaft nur dann wirklich attraktiv, wenn neben dem

steuerlichen Aspekt auch die angestrebte Haftungsbeschränkung für die beteiligten Berufsträgergesellschaften insgesamt als einigermaßen gesichert angesehen werden kann. Ergänzend sind natürlich noch weitere Aspekte zu berücksichtigen, wie etwa

- die Frage der Zulassungsfähigkeit und Zulassungspflicht durch die einzelnen Berufskammern,
- die Postulationsfähigkeit,
- die Möglichkeit oder gegebenenfalls Verpflichtung zur Eintragung in einem deutschen Register,
- das Organisationsrecht,
- die Verwaltungsverfassung und
- die Fragen einer denkbaren Umwandlung ohne Aufgabe der Rechtskontinuität der bisherigen (deutschen) Gesellschaftsform.³

Auch zu diesen Punkten gehen die Meinungen im Detail auseinander. Immerhin hat hier der BGH für eine Rechtsanwalts-gesellschaft in Form der englischen LLP eine pragmatische, wenn auch dogmatisch zweifelhafte und nicht auf alle Zweifelsfälle reproduzierbare Lösung entwickelt. Im konkreten Fall ist das Handeln im Namen der LLP zugleich auch als persönliches Handeln des für die Gesellschaft agierenden Rechtsanwalts anzusehen.⁴ Damit war zwar die Postulationsfähigkeit gerettet, aber der Widerspruch zur Haftungsverfassung und auch der regelmäßig insoweit zu unterstellenden Interessenlage des handelnden Berufsträgers liegt jedoch klar auf der Hand.

¹ Vgl. zu weiteren Details der steuerlichen Behandlung auch *Schnittker*, Betriebsberater(BB)-Spezial 3/2010, S. 20 ff.

² Vgl. *Hölscheidt*, DATEV magazin 5_2011, S. 25 ff. zur Lage bei Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften, hingegen Bundesgerichtshof (BGH), Der Betrieb (DB) 2011, S. 2027 gegen die Zulässigkeit für Rechtsanwälte.

³ Hierzu etwa *Leicht*, BB-Spezial 3/2010, S. 14 ff.

Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen

Tatsächlich vertrauen deutsche Berufsträger zunächst auf den Grundsatz, die LLP hafte als Vertragspartner des Mandanten entsprechend ihrer dargestellten körperchaftlichen Prägung nur mit dem Gesellschaftsvermögen. Die LLP als Haftungsadressat unterliegt dabei regelmäßig deutschem Recht. Für die vertragliche Haftung ergibt sich das regelmäßig aus Art. 3 oder 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 der EG-Verordnung Nr. 859/2008.⁵ Sind die Mandanten Verbraucher, ist jedenfalls noch Art. 6 der Verordnung einschlägig. Für das Deliktsrecht folgt das regelmäßig aus Art. 4 Abs. 3 der EG-Verordnung Nr. 864/2007⁶ wegen der im Hinblick auf das Vertragsstatut akzessorischen Anknüpfung.⁷ Das deutsche Deliktsrecht kommt insoweit zur Anwendung, weil der Anspruchsteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, sich auch der Sitz oder die Niederlassung der LLP hier befinden und sich schließlich auch der Erfolgsort mit Blick auf die in Rede stehende Pflichtverletzung meistens in Deutschland befindet.⁸

Durchgriffshaftung

Damit ist – auch nach deutschem Recht – Haftungsadressat zunächst die LLP. Ihre Gesellschafter haften aber nach den bereits angesprochenen Grundsätzen zur Haftungsverfassung der LLP nicht. Denkbar sind allerdings Ausnahmen. Das englische Recht kennt den Tatbestand des „lifting the corporate veil“. Diese englische Form der Durchgriffshaftung ist allerdings nicht als allgemeine Billigkeitskorrektur der Haftungsbeschränkung zugunsten potenzieller Anspruchsteller anzusehen. Sie setzt vielmehr voraus, dass die Gesellschafter die gewählte Rechtsform bewusst missbrauchen, um

sich unberechtigte Haftungsvorteile zu verschaffen. Ein solcher institutioneller Missbrauch wird bei Berufsträgergesellschaften kaum vorliegen.

Eigenhaftung

Auf Grundlage des Vertragsrechts können daneben noch die deutschen Grundsätze der Eigenhaftung des Vertreters aufgrund der Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens in Betracht kommen [vgl. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 S. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)]. Das deutsche Recht stellt aber hier – jedenfalls im freiberuflichen Kontext – hohe Anforderungen. Allein die Berufsträgereigenschaft reicht für die Inanspruchnahme besonderen Vertrauens im Regelfall gerade nicht aus.⁹

Deliktische Haftung

Denkbar ist schließlich noch die Anwendung deutschen Deliktsrechts. Auch hier dürften die Anwendungsfälle aber selten sein und für die gestaltungsrechtlichen Überlegungen in der Regel bei Berufsträgergesellschaften keine Rolle spielen. Eine deliktische Haftung einzelner Berufsträger bei der Kapitalgesellschaft als Mandatsträger ist für die in aller Regel in Betracht kommenden Vermögensschäden der Mandanten nach deutschem Recht nur gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem speziellen Schutzgesetz, etwa einer Strafnorm, oder bei einer vorsätzlichen und zugleich sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB denkbar.

Haftung nur im Ausnahmefall

Damit ergibt sich zunächst aus Sicht der Berufsträger der positive Befund, dass eine persönliche Haftung mit dem Privatvermögen aufgrund der Anerkennung der LLP als körperschaftlich verfasste Gesellschaftsform und als Mandatsträger gegenüber dem Mandanten auch nach deutschem Recht ausscheidet. Eine allgemeine Durchgriffshaftung gibt es nach deutschem Recht nicht. Eine allgemeine Durchgriffshaftung auf gesellschaftlicher Grundlage ist auch im englischen Recht mit Ausnahme des Institutsmissbrauchs nicht gegeben. Einzelne vertragsähnliche oder deliktische Sondertatbestände nach deutschem Recht können zwar eine Haftung begründen, wobei jedoch kein Unterschied zur Lage bei einer klassischen deutschen Kapitalgesellschaft besteht.

Verletzung der Sorgfaltspflicht

Anerkannte Stimmen in der Literatur haben allerdings gegen diese Sichtweise Zweifel erhoben. Sie verweisen darauf, dass nach englischem Recht zwar auf ver-

traglicher Grundlage nur selten ein Haftungsdurchgriff in Betracht komme, auf deliktsrechtlicher Grundlage hingegen ein allgemein anerkanntes und auch vielfach angewandtes Rechtsinstitut hohe Bedeutung habe.¹⁰ Die Haftung von Freiberuflern wird dort auf das Deliktsrecht („tort of negligence“) gestützt. Voraussetzung für diese persönliche Haftung ist das Bestehen einer Sorgfaltspflicht, die Verletzung dieser Pflicht – wobei Fahrlässigkeit ausreicht – sowie ein kausaler Schaden, der auch in einem reinen Vermögensschaden bestehen kann. Bei Berufsträgern wird dabei anders als im deutschen Recht die Übernahme einer persönlichen Leistungsverantwortung neben der LLP regelmäßig unterstellt.

Das führt de facto zu einer Handelndenhaftung der Berufsträger auch für lediglich fahrlässig verursachte Vermögensschäden beim Mandanten. Der Wertungswiderspruch soll nun darin liegen, dass einerseits das englische Gesellschaftsrecht durchaus grundsätzlich zur Haftungsabschottung heranzuziehen ist, diese Kehrseite der Medaille aber wegen der nach englischem Recht lediglich deliktsrechtlichen Natur der Handelndenhaftung bei Berufsträgergesellschaften nur deshalb nicht zur Anwendung komme, weil deliktsrechtlich in aller Regel eine Anknüpfung an das deutsche Recht bei einem Haftungsfall in Deutschland stattfindet.

Diesem „cherry picking“ sei dadurch zu begegnen, dass der Gedanke des „tort of negligence“ auch auf die in Deutschland tätigen Anwaltsgesellschaften einer LLP angewendet werden müsse, soweit sie persönlich mit der Angelegenheit befasst sind. Insoweit wird darauf hingewiesen, dass das „tort of negligence“ aus deutscher Sichtweise allenfalls formal dem Deliktsrecht unterfalle, tatsächlich jedoch auch als Teil des englischen Gesellschaftsrechts zu verstehen sei.

Rechtsscheinhaftung

Dem wird in der Praxis vielfach widersprochen.¹¹ Auch aus Sicht der Berufshaftpflichtversicherer wird das Problem gesehen und jedenfalls aus Gründen der Vorsorge darauf hingewiesen, dass wohl auch bei der LLP nicht auf eine persönliche Haftpflichtversicherung der handelnden Berufsträger neben der Gesellschaft verzichtet werden könne.¹² Deutsche Rechtsprechung hierzu existiert, soweit ersichtlich, bisher noch nicht. Zusätzlich weisen auch diejenigen Stimmen, die eine Korrektur des Primats des deutschen Vertrags- und Deliktsrechts bei gleichzeitiger Anknüpfung an das englische Gesellschaftsstatut ablehnen,

⁴ Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 22.04.2009 – IV ZB 34/08; hierzu *Henssler*, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2009, S. 3136 ff.

⁵ Rom-I-Verordnung.

⁶ Rom-II-Verordnung.

⁷ Vgl. hierzu ferner Art. 41 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB, soweit im Einzelfall noch anwendbar.

⁸ Vgl. Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 bzw. Art. 4 Abs. 1 Rom-II-Verordnung.

⁹ Vgl. BGH NJW 1989, S. 293 f. für einen Rechtsanwalt und BGH NJW 1992, S. 2080 ff. für einen Steuerberater.

¹⁰ *Henssler/Mansel* NJW 2007, S. 1393 ff.

¹¹ Vgl. etwa *Triebel/Sylny*, NJW 2007, S. 1034 (1035 ff.).

¹² Vgl. z. B. *Becker*, *Anwaltsblatt* 2011, S. 860, 861.

darauf hin, dass zumindest eine Rechtsscheinhaftung in Betracht komme.

Entsprechend der deutschen, aber auch international oft gebräuchlichen Diktion würden Berufsträger – manchmal auch entgegen der tatsächlichen Stellung im Innenverhältnis – als Partner dargestellt. Mit dem Begriff des Partners verbinde sich aber nicht nur nach deutschem Recht, sondern gerade auch im angloamerikanischen Rechtskreis regelmäßig eine persönliche Haftung. Der schlichte Gesellschafter von Kapitalgesellschaften wird dort eher als „Member“ gekennzeichnet.

Mit dem Weg in die LLP ist also zugleich eine eindeutige Darstellung der Berufsträger als schlichte Gesellschafter oder „Member“ zu verbinden. Wer aber eine derartige äußerliche Rückstufung von der althergebrachten Bezeichnung als Partner auf Briefköpfen oder Visitenkarten scheut, sieht sich gegebenenfalls schon nach den Grundsätzen der deutschen Rechtsscheinhaftung trotz alledem einer persönlichen Haftung ausgesetzt.

Fazit

Die LLP ist also für deutsche Berufsträgergesellschaften – sofern nicht aus anderen Gründen diese Gesellschaftsform gewählt wird – nur eine eingeschränkt sichere Alternative zur Haftungsbeschränkung bei gleichzeitiger steuerlicher Transparenz. Die Anwendung englischer Haftungsinstitute ist keineswegs ausgeschlossen. Die damit verbundenen Risiken des materiellen Rechts werden in der Praxis noch dadurch erhöht, dass bei den zuständigen deutschen Gerichten im Haftungsfall wohl bis auf Weiteres von einer gewissen Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit dieser Thematik ausgegangen werden muss. Das kann sowohl bei der Entscheidung über die Anwendbarkeit des jeweiligen Rechts als auch bei der Anwendung ausländischer Rechtsinstitute zu schwer prognostizierbaren Unwägbarkeiten führen. Letzteres gilt auch für den Fall der allgemeinen deutschen Rechtsscheinhaftung, die im einen oder anderen Fall für ein überfordertes deutsches Gericht als rettender Notanker zur Lösung dieser schwierigen Materie werden könnte. Die – jetzt konkret absehbare – gesetzliche Neuregelung der Haftungsbeschränkung bei der deutschen Partnerschaftsgesellschaft kann daher bei überwiegend in Deutschland tätigen Berufsträgergesellschaften künftig eine vielleicht einfachere und sichere Alternative sein. ©