Anwaltsgerichtshof München, Urteil v. 23.11.2022 – BayAGH I–5–15/21

Titel:

Verwaltungsrechtliche Anwaltssache - Keine Zulassung eines GmbH-Geschäftsführers als Syndikusrechtsanwalt

Normenkette:

BRAO § 46, § 46a Abs. 1

Leitsätze:

1. Der Begriff des Arbeitsverhältnisses aus § 46 Abs. 2 BRAO kann nicht dahin verstanden werden, dass ein Geschäftsführer-Dienstvertrag dafür ausreichend ist. Ein Geschäftsführer einer GmbH kann deshalb nicht als Syndikusrechtsanwalt durch die Rechtsanwaltskammer zugelassen werden. (Rn. 36 – 37) (redaktioneller Leitsatz)

2. Entscheidend für die Annahme einer Prägung iSd § 46 Abs. 3 BRAO ist, dass die anwaltliche Tätigkeit den Kern beziehungsweise Schwerpunkt der Tätigkeit darstellt, mithin die im Rahmen des Arbeitsverhältnisses qualitativ und quantitativ ganz eindeutig prägende Leistung des Rechtsanwalts ist und damit das Arbeitsverhältnis durch die anwaltliche Tätigkeit beherrscht wird, wobei die höchstrichterliche Rechtsprechung einen Anteil an anwaltlichen Tätigkeiten von „mindestens 60 %, zeitweise eher 70 %“ bzw. "von mindestens 65 % " für erforderlich hält. (Rn. 41) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, Syndikusrechtsanwalt, GmbH-Geschäftsführer, Arbeitnehmer, anwaltliche Tätigkeit, Arbeitsverhältnis, Versagungsgrund

Fundstellen:

BRAK-Mitt 2023, 123

LSK 2022, 42709

NJOZ 2023, 1463

Tenor

I. Der Bescheid der Beklagten vom 25.10.2021, …, wird aufgehoben.

II. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens. Seine außergerichtlichen Kosten trägt der Beigeladene selbst.

III. Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Der Streitwert wird auf 25.000 EUR festgesetzt.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten über die Zulassung des am 21.06.1967 geborenen Beigeladenen als Syndikusrechtsanwalt für dessen Tätigkeit bei der … als Geschäftsführer/rechtlicher Berater.

2

Der Beigeladene und die … schlossen einen undatierten zum 01. November 2020 in Kraft tretenden „Dienstvertrag“, der in § 1 Abs. 1 u.a. folgende Regelungen enthält:

„Herr … wird zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt und wird zusammen mit weiteren Geschäftsführungsmitgliedern der Gesellschaft für die Gesamtleitung der Gesellschaft verantwortlich sein und trägt im Innenverhältnis die Verantwortung für die Bereiche Finanzen, Steuern, Recht und Controlling, soweit ihm nicht weitere oder andere Aufgaben übertragen werden. Die Gesellschaft ist berechtigt, die Zuständigkeiten der Geschäftsführer jederzeit abweichend zu verteilen.“

3
Nach § 2 Abs. 1 endet der Dienstvertrag zum 31. Oktober 2023, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Nach Abs. 4 wollen die Vertragsparteien neun Monate vor Beendigung der Vertragslaufzeit des Dienstvertrages Gespräche über eine etwaige Fortführung des Dienstverhältnisses aufnehmen.

4
In § 3 des Dienstvertrages ist die Vergütung geregelt wie folgt

„(1) … erhält als Vergütung für seine Tätigkeit ein jährliches Festgehalt in Höhe von Euro 480.000,00 brutto.

…

Zusätzlich zu dem Festgehalt erhält … einmal jährlich einen garantierten Bonus in Höhe von € 48.000 brutto („Garantiebonus“).

(2) Herr … erhält einmal jährlich einen zusätzlichen Ermessensbonus in Höhe von maximal € 72.000 brutto („Ermessensbonus“). Der Ermessensbonus wird von der Gesellschaft im Rahmen billigen Ermessens festgelegt.“

5
Am 27.10.2020 schlossen die … und der Beigeladene eine „Zusatzvereinbarung zum Dienstvertrag beginnend 1. November 2020“. Darin wurde in § 2 Abs. 1 Folgendes geregelt:

„Herr … arbeitet im Rahmen der Berufsausübung als Syndikusrechtsanwalt fachlich unabhängig (§ 46 Abs. 3 und 4 BRAO). Er unterliegt keinen allgemeinen oder konkreten Weisungen, die eine eigenständige Analyse der Rechtslage und eine einzelfallorientierte Rechtsberatung ausschließen.“

6
Mit Antrag vom 30.10.2020 begehrte der Beigeladene unter Vorlage des undatierten „Dienstvertrags“, der „Zusatzvereinbarung zum Dienstvertrag beginnend 1. November 2020“ vom 27.10.2020 und des ausgefüllten Formblatts der Rechtsanwaltskammer „Tätigkeitsbeschreibung für die Zulassung als Syndikusrechtsanwältin/Syndikusrechtsanwalt“ vom 28.10./30.10.2020 die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft als Syndikusrechtsanwalt für das Arbeitsverhältnis bei der … als Geschäftsführer/rechtlicher Berater.

7
In der Tätigkeitsbeschreibung ist vermerkt:

„Herr … ist vorrangig für die Beratung der Gesellschafter-Geschäftsführer in allen gesellschafts- und steuerrechtlichen sowie Compliance-Fragen zuständig. Darunter fällt insbesondere das Aufsetzen, Verhandeln, Prüfen und Überarbeiten aller gesellschaftsrechtlichen Verträge sowie Satzungen und Geschäftsordnungen der ….

Zu den Aufgaben von Herrn … gehört nach vorheriger Analyse der Rechtslage die eigenverantwortliche Erstellung und Verhandlung von Verträgen, interner Richtlinien sowie die Erstellung von Prozessabläufen.

…

Herr … arbeitet im gesamten beschriebenen Tätigkeitsbereich selbständig, eigenverantwortlich und weisungsfrei. Dabei ist er befugt nach außen verantwortlich aufzutreten. Er ist zeichnungsberechtigt für alle internen und ausgehenden Schreiben und Schriftsätze, die er im Rahmen seiner anwaltlichen Borufsausübung bei der … fertigt.“

8
Die Gesellschafterversammlung hatte zudem am 03.03.2021 folgende Änderung der Satzung der … beschlossen:

§ 5A Ziffer 1:

„Die Geschäftsführer sind verpflichtet, die Geschäfte der Gesellschaft in Übereinstimmung mit dem Gesetz, dieser Satzung in ihrer jeweils gültigen Fassung sowie den Beschlüssen der Gesellschafter zu führen“.

9
In § 5A Ziff 2 der Satzung wurde geregelt:

„Ist Geschäftsführer ein Syndikusanwalt gilt:

In seiner Tätigkeit als Syndikusanwalt ist der Geschäftsführer – abweichend von vorstehender Ziffer 1 – keiner Weisung unterworfen, er übt seine Tätigkeit fachlich unabhängig und eigenverantwortlich aus; er unterliegt in fachlichen Angelegenheiten keinen Weisungen der Gesellschafter.“

10
Mit Bescheid vom 25.10.2021, der Klägerin zugestellt am 26.10.2021, verfügte die Beklagte nach Anhörung der Klägerin die Zulassung des Beigeladenen zur Rechtsanwaltschaft als Syndikusrechtsanwalt für das Arbeitsverhältnis gemäß undatiertem Dienstvertrag sowie Zusatzvereinbarung vom 27.10.2020 in der durch Tätigkeitsbeschreibung vom 28./30.10.2020 sowie Konkretisierung vom 22.03.2021 beschriebenen Ausgestaltung bei der … als Geschäftsführer/rechtlicher Berater.

11
Zur Begründung führte die Beklagte aus, die allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen zur Rechtsanwaltschaft nach § 4 BRAO seien gegeben, ein Versagungsgrund nach § 7 BRAO liege nicht vor. Die Vorgaben, die der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 07.12.2020 (Az. AnwZ (Brfg) 17/20) an die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt für die Tätigkeit als GmbH-Geschäftsführer gestellt hat, seien im konkreten Fall erfüllt. Die fachliche Unabhängigkeit der Berufsausübung als Syndikusrechtsanwalt i.S.v. § 46 Abs. 3 und Abs. 4 BRAO sei nicht nur vertraglich geregelt, sondern – der Rechtsprechung des BGH entsprechend – in § 5A Ziff. 2 der Satzung der … verankert. Auch sei von einem Arbeitsverhältnis im Sinne von § 46 Abs. 2 BRAO auszugehen, da nur eine formale Geschäftsführerstellung bestünde und zudem zwei weitere Personen als Geschäftsführer bestellt seien. Das gegenständliche Arbeitsverhältnis sei ferner durch die Merkmale im Sinne des § 46 Abs. 3 Nr. 1-4 BRAO geprägt.

12
Gegen diesen Bescheid hat die Klägerin fristgerecht Klage erhoben. In der Klagebegründung vom 11.02.2022 (vgl. Bl. 14 ff d. A.) wendet sich die Klägerin gegen die erteilte Zulassung, weil der Beigeladene als Geschäftsführer der GmbH kein Arbeitsverhältnis mit der Gesellschaft habe. Zudem könne nicht davon ausgegangen werden, dass die fachliche Unabhängigkeit des Beigeladenen nach § 46 Abs. 3, 4 BRAO gewährleistet sei, da diese zwar vertraglich garantiert sei, hingegen nicht sicher festgestellt werden könne, ob sie auch tatsächlich gelebt werde. Nach § 3 Abs. 2 des Geschäftsführer-Dienstvertrages erhalte der Beigeladene neben seinem jährlichen Festgehalt und einem jährlichen garantierten Bonus einen weiteren „Ermessensbonus“, dessen Höhe von der Gesellschaft im Rahmen billigen Ermessens festgelegt werden könne. Der maximale Ermessensbonus liege immerhin bei 15 % des jährlichen Festgehaltes. Dies könne ein unzulässiges Erfolgshonorar gemäß § 49 b Abs. 2 BRAO darstellen und dazu führen, dass womöglich wirtschaftliche Erwägungen bei der Führung der Sache ausschlaggebend sind. Jedenfalls habe der Beigeladene keine Angaben dazu gemacht, nach welchen Kriterien, Maßstäben oder Erwägungen seine Arbeitgeberin über das Ob und die Höhe des Bonus bestimmt, so dass die tatsächliche fachliche Unabhängigkeit des Beigeladenen nicht sicher festgestellt werden könne.

13
Die Klägerin beantragt:

Der Bescheid der Beklagten vom 25.10.2021, zugestellt am 26.10.2021, wird aufgehoben.

14
Die Beklagte beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

15
Der Beigeladene hat in der mündlichen Verhandlung keinen eigenen Sachantrag gestellt.

16
Die Beklagte geht in ihrer Klageerwiderung vom 05.04.2022 (vgl. Bl. 38 ff d.A.) von der Rechtmäßigkeit des Zulassungsbescheides aus. Sämtliche Voraussetzungen für eine Zulassung des Beigeladenen zur Rechtsanwaltschaft als Syndikusrechtsanwalt lägen vor. Entgegen der von der Klägerin vertretenen Auffassung bestehe auch ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Beigeladenen und der …. Der Beigeladene sei durch Gesellschaftsbeschluss bestellt, übernehme Leistungen gegen Entgelt und sei in die Organisation und Arbeitsstruktur der … eingebunden. Im Hinblick auf die unternehmerischen Arbeitsanteile bestehe zwar

weiterhin die Weisungsgebundenheit nach § 37 GmbHG. Für die anwaltliche Tätigkeit des Beigeladenen sei diese aber gemäß § 5A Abs. 2 der Satzung der Gesellschaft ausgeschlossen, sodass die fachliche Unabhängigkeit als Syndikusrechtsanwalt sichergestellt sei. Ferner seien auch die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung beachtet. Der Beigeladene sei vom Deckungsschutz der D&O-Konzernpolice der XXX Stiftung & Co. Holding KG mitumfasst. Die Haftungsbeschränkung gehe zugunsten des Beigeladenen sogar über die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung hinaus. Die fachliche Unabhängigkeit des Beigeladenen im Sinne von § 46 Abs. 4 BRAO werde auch nicht durch die Gewährung eines Ermessensbonus eingeschränkt. Die Gewährung variabler Vergütungen sei grundsätzlich berufsrechtlich nicht zu beanstanden.

17
In seiner Stellungnahme vom 22.03.2022 (vgl. Bl. 31 ff d.A.) vertrat der Beigeladene die Auffassung, dass keine zu enge Auslegung des Begriffs „Arbeitsverhältnis“ erfolgen dürfe. Wichtig sei, dass in dem Anstellungsverhältnis die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung unberührt blieben. Dies sei durch die … – Versicherung seiner Arbeitgeberin gewährleistet. Seine fachliche Unabhängigkeit sei ausdrücklich im Dienstvertrag niedergelegt und darüber hinaus im Gesellschaftsvertrag verankert und könne damit nicht gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG durch eventuelle Weisungen der Gesellschafterversammlung aufgehoben werden.

18
Zum Umfang der nicht anwaltlichen Tätigkeit als Geschäftsführer der … führte der Beigeladene aus, dass sich seine Tätigkeit insoweit im Wesentlichen auf Repräsentationspflichten sowie Überwachungs- und Unterzeichnungsaufgaben beschränke, die insgesamt mit ca. 10 % seiner Tätigkeit für die … zu beziffern sei. Schwerpunkt des Dienstverhältnisses seien anwaltliche Tätigkeiten, die quantitativ und qualitativ den Schwerpunkt des Dienstverhältnisses darstellen würden.

19
Der Senat hatte mit Beschluss vom 16.12.2021 Herrn Rechtsanwalt … zum Verfahren beigeladen (vgl. Bl. 5 d.A.). Die Personal- und Sachakten der Beklagten (Az.: …) wurden beigezogen.

20
Der Senat hat den Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2022 zur weiteren Sachaufklärung persönlich angehört. Der Beigeladene hat hierbei die Art seiner Tätigkeit und deren Umfang ergänzend erläutert. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung (Bl. 54 ff d.A.) Bezug genommen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen,

Entscheidungsgründe

I.

21
Die gegen den Bescheid der Beklagten vom 25.10.2021, Az.: …, erhobene Klage ist zulässig. Sie ist als Anfechtungsklage (§ 112 c Abs. 1 Satz 1 BRAO, § 42 Abs. 1 Alt. VwGO) statthaft und auch im Übrigen zulässig.

22
Insbesondere wurde sie fristgerecht erhoben (§ 112 c Abs. 1 Satz 1 BRAO, § 74 Abs. 1, Abs. 2 VwGO).

23
Die Klägerin ist als … aufgrund der in § 46a Abs. 2 Satz 3 vorgesehenen Bindungswirkung der Zulassungsentscheidung gemäß § 112 c Abs. 1 Satz 1 BRAO, § 42 Abs. 2 VwGO, § 46 Abs. 2 Satz 2 BRAO klagebefugt.

24
Ein Widerspruchsverfahren war nicht durchzuführen (§ 112 c Abs. 1 Satz 1 BRAO, Art. 15 BayAGVwGO, § 68 VwGO).

II.

25

In der Sache ist die Klage auch begründet.

26
Die Zulassung des Beigeladenen als Syndikusrechtsanwalt nach § 46 ff BRAO ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 112c Abs. 1 Satz 1 BRAO, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

27
Der formell rechtmäßige Zulassungsbescheid ist materiell rechtswidrig.

28
Gemäß § 46 a Abs. 1 BRAO ist die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft als Syndikusrechtsanwalt zu erteilen, wenn die allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen zum Beruf des Rechtsanwalts gemäß § 4 BRAO erfüllt sind, kein Zulassungsversagungsgrund nach § 7 BRAO vorliegt und die Tätigkeit den Anforderungen des § 46 Abs. 2 bis 5 BRAO entspricht.

29
1. Der Beigeladene verfügt zwar über die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz (§ 4 Satz 1 Nr. 1 BRAO) und es liegt bei ihm auch keiner der in § 7 BRAO genannten Gründe für eine Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft vor. Er ist seit 10.09.2015 bei der Beklagten als Rechtsanwalt zugelassen.

30
2. Allerdings entspricht die konkret ausgeübte Tätigkeit des Beigeladenen bei der … unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung einschließlich seinor Anhörung nicht den Anforderungen der §§ 46a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 46 Abs. 2, 3 und 4 BRAO.

31
Unabhängig von der Frage, ob der Beigeladene als Geschäftsführer der … überhaupt in einem Arbeitsverhältnis im Sinne des § 46 Abs. 2 BRAO beschäftigt ist (dazu unter a), konnte sich der Senat jedenfalls keine hinreichende Überzeugung davon verschaffen, dass die Tätigkeit des Beigeladenen bei der … von anwaltlicher Tätigkeit geprägt ist (dazu unter b). Ferner bestehen Bedenken hinsichtlich der tatsächlichen Unabhängigkeit des Beigeladenen im Hinblick auf die vereinbarten Boni (dazu unter c).

32
a) Die Frage, inwieweit ein Geschäftsführer einer GmbH durch ein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 46 Abs. 2 BRAO mit ihr verbunden sein kann bzw. muss, ist bislang – soweit ersichtlich – höchstrichterlich noch nicht entschieden.

33
Der BGH hat zwar in seiner Entscheidung vom 18.03.2019, Az. …, hierzu ausgeführt: „Nach § 46 Abs. 2 BRAO üben Angestellte anderer als der in Absatz 1 genannten Personen (Rechtsanwälte und Patentanwälte) oder Gesellschaften (rechts- oder patentanwaltliche Berufsausübungsgesellschaften) ihren Beruf als Rechtsanwalt aus, sofern sie im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses für ihren Arbeitgeber anwaltlich tätig sind (Syndikusrechtsanwälte). Die ursprüngliche Formulierung „im Rahmen ihres Anstellungsverhältnisses“ (vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 16. Juni 2015, BT-Drucks. 18/5201 S. 5) wurde im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens durch „im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses“ ersetzt, ebenso der Begriff “Anstellungsverhältnis“ durch „Arbeitsverhältnis“ an mehreren weiteren Stellen in § 46 Abs. 3 und § 46 a-c BRAO (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 2. Dezember 2015, BT-Drucks. 18/6915, S. 6). Zur Begründung wurde im Bericht (S. 13, 15, 22 f.) im Zusammenhang mit dem Verzicht auf eine Berufshaftpflichtversicherung für Syndikusrechtsanwälte darauf verwiesen, dass durch die einheitliche Änderung der Begrifflichkeit verdeutlicht werden solle, dass sich die Haftung nach den allgemeinen Regeln des Zivil- und Arbeitsrechts richte, die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung also unberührt blieben, Syndikusrechtsanwälte mithin unter denselben Voraussetzungen wie andere Arbeitnehmer in vergleichbarer Position hafteten.

34
Der Geschäftsführer einer GmbH ist deren gesetzlicher Vertreter und Organ (§ 35 GmbHG). Das seiner Anstellung zugrundeliegende Rechtsverhältnis ist grundsätzlich kein Arbeits-, sondern ein auf die Geschäftsführung bezogenes Dienstverhältnis, der Geschäftsführer kein Arbeitnehmer (vgl. nur BGH,

Urteile vom 9. Februar 1978 – II ZR 189/76, NJW 1978, 1435, 1437; vom 26. März 1984 – II ZR 120/83, BGHZ 91, 217, 219 und vom 10. Mai 2010 – II ZR 70/09, WM 2010, 1321 Rn. 7; zu Ausnahmefällen im Rahmen der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung vgl. BAG, NJW 1999, 3731, 3722; BAGE 139, 63 Rn. 12). Die Haftung als Geschäftsführer richtet sich deshalb – anders als die von leitenden Angestellten – auch nicht nach den Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung (siehe nur BGH, Urteil vom 25. Juni 2001 – II ZR 38/99, NJW 2001, 3123, 3124).“

35
Die Beantwortung der Frage, ob die Zulassung eines Geschäftsführers einer GmbH als Syndikusrechtsanwalt allein wegen des Fehlens eines „Arbeitsverhältnisses“ zu versagen ist, hat der BGH aber ausdrücklich offengelassen, nachdem sie für diesen Fall nicht entscheidungserheblich schien. Die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt wurde in dem zitierten Fall nicht beanstandet, weil die Geschäftsführerbestellung nur für eine kurze Zeit aufgrund „formaler gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen“ (vgl. BGH, Urteil vom 18.03.2019 – AnwZ (Brfg) 22/17, Rn. 7) bestand.

36
Der AGH Nordrhein-Westfalen hat die Zulassung eines Geschäftsführers einer GmbH als Syndikusrechtsanwalt durch die Rechtsanwaltskammer bereits mehrfach unter anderem mangels eines Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 46 Abs. 2 BRAO aufgehoben (AGH Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 14.02.2020, Az. 1 AGH 38/19; AGH Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 02.10.2020, Az. 1 AGH 3/20). Nachdem der Gesetzgeber den Begriff des „Arbeitsverhältnisses“ aus sachlich-rechtlichen Erwägungen zu haftungsrechtlichen Aspekten aufgenommen habe, könne der Begriff des Arbeitsverhältnisses aus § 46 Abs. 2 BRAO nicht im Sinne eines Oberbegriffes verstanden werden, der auch das Dienstverhältnis umfasst. In der zum Verfahren 1 AGH 38/19 des AGH Nordrhein-Westfalen ergangenen Berufungsentscheidung des BGH (Urteil vom 07.12.2020 – AnwZ (Brfg) 17/20, Rn. 8) hat der BGH die Frage erneut offengelassen.

37
Der Senat schließt sich wie bereits in seiner Entscheidung vom 29.06.2019, Az.B… – der Auffassung des AGH Nordrhein-Westfalen an. Ausweislich des vorgelegten Vertrages hat der Beigeladene mit der … ausdrücklich einen Dienstvertrag als Geschäftsführer der GmbH abgeschlossen. Auch nach Auffassung des Senats kann der Begriff des Arbeitsverhältnisses aus § 46 Abs. 2 BRAO nicht dahingehend verstanden werden, dass ein Dienstvertrag ausreichend ist.

38
Der Geschäftsführer einer GmbH ist deren gesetzlicher Vertreter und Organ der Gesellschaft (§ 35 GmbHG). Er wird – wie vorliegend bereits durch den Wortlaut der vertraglichen Regelung dokumentiert – aufgrund oincs auf die Geschäftsführung bezogenen Dienstverhältnisses tätig (vgl. BGH NJW 2000, 1864). Die Vereinbarung im Dienstvertrag, wonach der Vertrag auf bestimmte Zeit, nämlich bis zum 31.10.2023 abgeschlossen wurde, ist gleichfalls eine für ein Arbeitsverhältnis untypische Klausel. Der Vertrag regelt vielmehr nachrangig zum gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis diejenigen Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft, welche nicht bereits durch die organschaftliche Stellung des Geschäftsführers vorgegeben sind. Im Übrigen übt der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft auch Arbeitgeberfunktionen aus (vgl. BGH, Urteil vom 09.02.1978 – II ZR 189/76, Rn. 12 – juris). Das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft stellt sich somit nicht als Arbeitsverhältnis dar (vgl. insoweit BGH NZA 2010, 889 und BGH NJCZ 2019, 964 = NJW-RR 2019, 882 Ls.).

39
Für diese rechtliche Einordnung ist auch nicht maßgeblich, dass der Beigeladene der bestehenden D&O Versicherung der Holding unterfällt. Im Übrigen deckt diese zwar unter Umständen neben vorsätzlichem Handeln auch Fahrlässigkeit ab, erfasst andererseits aber nur Vermögensschäden. Zudem wird im Falle eines Schadenseintritts nur ein Anspruch gegen die Vorsicherung begründet, während bei den Grundsätzen der Arbeitsnehmerhaftung bei leichter Fahrlässigkeit ein Anspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer erst gar nicht entsteht bzw. der Arbeitnehmer einen direkten Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber haben kann. Damit sind die beiden Haftungssysteme weder vergleichbar noch austauschbar.

40
b) Darüber hinaus konnte sich der Senat keine hinreichende Überzeugung davon verschaffen, dass die Tätigkeit des Beigeladenen für die B. L. GmbH anwaltlich geprägt ist.

41
Entscheidend für die Annahme einer Prägung i.S.d. § 46 Abs. 3 BRAO ist, dass die anwaltliche Tätigkeit den Kern beziehungsweise Schwerpunkt der Tätigkeit darstellt, mithin die im Rahmen des Arbeitsverhältnisses qualitativ und quantitativ ganz eindeutig prägende Leistung des Rechtsanwalts ist und damit das Arbeitsverhältnis durch die anwaltliche Tätigkeit beherrscht wird (BGH, Beschluss vom 12. März 2018 – AnwZ (Brfg) 21/17, juris Rn. 5; BGH, Urteil vom 02. Juli 2018 – AnwZ (Brfg) 49/17 – juris Rn. 34; BT – Drs. 18/5201, S. 19, 29 f.). Im Urteil vom 14. Januar 2019 (AnwZ (Brfg) 25/18, NJW 2019, 927 Rn. 27) hat der BGH einen Anteil an anwaltlichen Tätigkeiten von „mindestens 60 %, zeitweise eher 70 %“ für ausreichend gehalten. In dem Urteil vom 30.09.2019 erachtete der BGH für die Annahme einer anwaltlichen Prägung des Arbeitsverhältnisses, einen Anteil von mindestens 65 % anwaltlicher Tätigkeit für erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 30.09.2019 – AnwZ (Brfg) 63/17 NJW 2019, 3649 Rn. 15).

42
Ausgehend von diesen Vorgaben haben die Ausführungen des Beigeladenen im Rahmen seiner Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2022 Anlass dazu gegeben, die anwaltliche Prägung der Tätigkeit in Zweifel zu ziehen.

43
Der Beigeladene hatte im Zulassungsverfahren erklärt, dass die nichtanwaltlichen Aufgaben als Geschäftsführer ca. 10 % seiner Tätigkeit für die … betragen, so dass die in der Tätigkeitsbeschreibung aufgeführten anwaltlichen Tätigkeiten 90 % seiner Arbeitszeit umfassen. Angesichts der Ausführungen des Beigeladenen zu seiner konkreten Arbeit konnte sich der Senat aber keine Überzeugung davon bilden, dass seine Tätigkeit für die … anwaltlich geprägt ist.

44
Nach einem typischen Arbeitstag befragt, führte der Beigeladene aus, dass es einen solchen nicht gäbe. Er sei Berater der Familie … in der Gestaltung ihres persönlichen Lebens und moderiere den Generationenwechsel. Er bereite den schrittweisen Rückzug der Mutter aus dem Unternehmen vor und müsse dabei auch die Balance zwischen den Geschwistern halten. Seine Hauptaufgabe habe 2021 darin bestanden, das Unternehmen bei der Umwandlung von einer Managementholding in eine Portfolioholding zu begleiten, zum Beispiel durch die Auswahl und Einschaltung von Unternehmensberatern und der Erstellung eines ersten Abschlussberichtes im Rahmen der Umstrukturierung. Für das Kalenderjahr 2022 sei das Ziel der Abschluss des Konzernumbaus gewesen. Dieses Ziel werde zum 31.12.2022 voraussichtlich erreicht. Für 2023 sei die Trennung des Privatvermögens vom gesellschaftlichen Vermögen der Familie Sch. und die Auseinandersetzung der seit 13 Jahren bestehenden Erbengemeinschaft geplant.

45
Aufgrund des Ergebnisses der Einvernahme geht der Senat davon aus, dass der Beigeladene eher eine Koordinierungsfunktion innehat, als Moderator zwischen den Kindern vermittelt und strategische Entscheidungen nach den Vorstellungen der Familienmitglieder vorbereitet. Auch wenn diese Tätigkeit die Fertigung von Vertragsentwürfen, die Erteilung von Rechtsrat und damit zahlreiche rechtliche und steuerrechtliche Aspekte beinhalten mag, ist die angebliche anwaltliche Prägung seiner aktuellen Tätigkeit nicht durch konkrete Angaben so weit untermauert, dass sie der Senat zumindest auf Plausibilität hätte überprüfen können. So hat der Beigeladene im Rahmen seiner Anhörung auch zugestanden, dass eine klare Trennung zwischen den betriebswirtschaftlichen Themen und der rein rechtlichen Beratung nicht möglich sei. Die schriftsätzlich vorgetragenen 90 % anwaltliche Tätigkeit seien (geschätzt) im Ergebnis zu 70 % rein rechtlich geprägt. Auch wenn Schätzungen immer mit einer gewissen Unsicherheit verbunden sind, ergäbe sich aber – bezogen auf die Gesamtarbeitszeit – ein Anteil von lediglich etwa 63 % für die anwaltliche Tätigkeit.

46
Zudem erscheinen dem Senat die Ausführungen des Beigeladenen wenig plausibel, wonach die Tätigkeit als Geschäftsführer der … GmbH lediglich 10 % seiner Arbeitszeit in Anspruch nehmen soll. Nach dem Dienstvertrag ist der Beigeladene (auch) für die Gesamtleitung der Gesellschaft verantwortlich und trägt im Innenverhältnis die Verantwortung für die Bereiche Finanzen, Steuern, Recht und Controlling. Hingegen beschränkt sich die Zuständigkeit der anderen Geschäftsführer auf kleinere Aufgabenbereiche. Bei dem Umfang der bestehenden Verwaltungsaufgaben einer GmbH ist die – im Übrigen nicht belegte und damit

nicht verifizierbare Angabe – nur 10 % seiner Arbeitskraft auf die Führung der Gesellschaft zu verwenden, nicht schlüssig.

47
Aufgrund der Beschreibung seiner Tätigkeit in der mündlichen Verhandlung ist vielmehr davon auszugehen, dass der Beigeladene eine hochkomplexe Managementtätigkeit ausübt, die jedenfalls nur teilweise die in § 46 Abs. 3 Nr. 1-4 BRAO genannten Merkmale erfüllt. Dass der Schwerpunkt auf der anwaltlichen Tätigkeit liegt, kann jedenfalls nicht sicher festgestellt werden.

48
c) Darüber hinaus erscheint es fraglich, inwieweit die vertraglich und satzungsmäßig eingeräumte fachliche Unabhängigkeit bei seiner Tätigkeit auch tatsächlich gewährleistet ist, vgl. § 46 Abs. 4 Satz 2 BRAO.

49
Zwar haben der Beigeladene und die … in § 2 der „Zusatzvereinbarung zum Dienstvertrag beginnend 01. November 2020“ vereinbart, dass der Beigeladene im Rahmen seiner Tätigkeit fachlich unabhängig arbeitet und keinen allgemeinen und konkreten Weisungen unterliegt. Im Hinblick auf das Urteil des BGH vom 07.12.2020, Az. AnwZ (Brfg) 17/20, wonach die gesellschafts- bzw. organrechtliche Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers einer GmbH gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG allein durch Vereinbarung im Dienstvertrag zur Weisungsfreiheit bei anwaltlichen Tätigkeiten nicht aufgehoben werden kann, haben die Gesellschafter die Weisungsfreiheit zusätzlich durch Nachtragsvereinbarung in der Satzung verankert (vgl. § 5A Ziff. 2 der Satzung vom 03.03.2021).

50
Dennoch hat der Senat aufgrund der in § 3 des Dienstvertrages vereinbarten Vergütung des Beigeladenen Zweifel en der tatsächlichen fachlichen Unabhängigkeit. Neben einem jährlichen Festgehalt in Höhe von Euro 480.000,00 brutto sind dem Beigeladenen weitere Boni zugesichert. So erhält er einmal jährlich einen „Garantiebonus“ in Höhe von € 48.000 brutto. Zusätzlich hat er Anspruch auf einen weiteren Ermessensbonus in Höhe von maximal € 72.000 brutto. Dabei wird der Ermessensbonus von der Gesellschaft im Rahmen billigen Ermessens festgelegt, ohne dass feststeht aufgrund welcher Vorgaben der Bonus ausgezahlt wird.

51
In der mündlichen Verhandlung erklärte der Beigeladene hierzu, dass für 2021 der Ermessensbonus in voller Höhe zur Auszahlung gekommen sei. Vor dem Hintergrund der Coronapandemie seien allerdings alle Führungskräfte übereingekommen, dass der Ermessensbonus auf die Hälfte der vertraglich vereinbarten Summe reduziert wird. Der Ermessensbonus für 2022 sei für den erfolgreichen Abschluss der Konzernumstrukturierung in Aussicht gestellt.

52
Der Senat konnte sich nicht davon überzeugen, dass die Bonusvereinbarung der Gewährleistung der fachlichen Unabhängigkeit und der eigenverantwortlichen Ausübung der Tätigkeit nicht entgegensteht. Zum einen steht nicht fest, nach welchen Kriterien der jährliche Ermessensbonus ausgekehrt wird. Zum anderen stellt der Ermessensbonus mit 15 % des jährlichen Festgehaltes einen nicht unerheblichen Teil der Entlohnung des Beigeladenen dar. Dass der Bonus sich ausschließlich auf die Zielerreichung bei den nichtanwaltlichen Tätigkeiten bezieht, erscheint insoweit unschlüssig, als diese nach den Angaben des Beigeladenen nur 10 % seiner Tätigkeit ausmachen, so dass das Gehaltsgefüge nicht nachvollziehbar ist. Jedenfalls lässt sich nicht sicher feststellen, dass mit dem Bonus nicht eine bestimmte anwaltliche Tätigkeit in der Weise honoriert wird, dass wirtschaftliche Erwägungen bei der Führung der Sache den Ausschlag geben könnten. Dies würde aber ein unzulässiges Erfolgshonorar im Sinne des § 49 b Abs. 2 BRAO darstellen, das mit der Ausübung einer unabhängigen Tätigkeit nicht vereinbar wäre (vgl. AGH Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 24.11.2017 – 1 AGH 1/17, BeckRS 2017, 137074 Rn. 20; BT Drs 12/4993, S. 31).

III.

53
Die Kostenentscheidung folgt aus § 112 c Abs. 1 Satz 1 BRAO i.V.m. § 154 Abs. 1 VwGO.

54

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 112c Abs. 1 Satz 1 BRAO i.V.m. §§ 167 VwGO, 709 S. 2 ZPO.

55
Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 194 Abs. 2 Satz 2 BRAO.