

Präs. 1630-6/88

Betrifft: Stellungnahme zum Entwurf eines
Bundesgesetzes über die Partnerschaft
für Freie Berufe
(Partnerschaftsgesetz)

An das

Präsidium

Betrifft GESETZENTWURF	
Zi. 92	Ge. 001
des Nationalrates	
Datum:	- 1. JUNI 1988
Verteilt:	

1010 Wien

Parlament

Bezug: GZ. 7.021/39-I 2/88 vom 29. März 1988
des Bundesministeriums für Justiz

D. Baier

Zu obigem Bezug beehre ich mich, die am
27. Mai 1988 vom Begutachtungssenat I beschlossene
Stellungnahme des Obersten Gerichtshofes zum eingangs
bezeichneten Gesetzesentwurf in 25-facher Ausfertigung
zu übermitteln.

Diese Stellungnahme lautet wie folgt:

Der gesellschaftliche Zusammenschluß von Angehörigen freier Berufe begegnet heute im Grundsatz keinen Bedenken. Lange Zeit war es freilich gängige Ansicht, daß die freie Berufstätigkeit persönlich und außerdem "auf Grund eigener Erfahrungen des Inhabers" also unter Ausschluß jedweder Vergesellschaftung erbracht werden müsse (vgl. Arnold, Gesellschaftsverhältnisse mit freiberuflich Tätigen aus gesellschafts- und berufsrechtlicher Sicht in Ruppe, Handbuch der Familienverträge

- 2 -

413 mwN in FN 4, 5, 6). Da die von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Gesellschaftstypen nicht im Wege der privatautonomen Rechtsgestaltung erweitert, neue Gesellschaftsformen also nicht "erfunden" werden können (Kastner, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁴ 20) kommt für die freien Berufe, wie die Erläuterungen zum Gesetzesentwurf zutreffend hervorheben, aus gesellschaftsrechtlichen und standesrechtlichen Gründen praktisch nur die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Betracht. Die Bildung einer offenen Handelsgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft scheidet aus, weil die freien Berufe kein Handelsgewerbe betreiben. Wenn auch die Abgrenzung zwischen freiem Beruf und Gewerbe im einzelnen strittig ist (vgl. Straube in Straube, Komm. zum HGB Rz 15 zu § 1), so ist doch anerkannt, daß der Kernbereich der freien Berufe, für die die Partnerschaft geschaffen werden soll, kein Gewerbe betreibt (Straube a.a.O. Rz 16 zu § 1 mwN; Arnold a.a.O. 418 ff). Die Gründung einer Gesellschaft mbH scheitert zwar nicht an gesellschaftsrechtlichen Erwägungen, da eine solche Gesellschaft von wenigen, hier nicht in Betracht zu ziehenden Ausnahmen zu jedem gesellschaftlich zulässigen Zweck gegründet werden kann, doch stehen dem in den meisten freien Berufen standesrechtliche Grundsätze entgegen. So sieht etwa § 23 ÄrzteG 1984 als zulässige Gesellschaftsform überhaupt nur die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Form der Innengesellschaft vor (hiezue auch Arnold

- 3 -

a.a.o. 437, dort noch unter Bezugnahme auf die Rechtslage vor dem ÄrzteG 1984). Auch für Ziviltechniker kommt wegen der Verpflichtung zur persönlichen Ausübung der Befugnis (§ 20 Abs. 1 ZTG) die Gründung einer Gesellschaft mbH nach herrschender Ansicht nicht in Betracht (Arnold a.a.O. 449; vgl. auch Pkt. 7.1 der Standesregeln der Ziviltechniker bei Pany-Schwarzer, Ziviltechnikerrecht, Ingenieurgesetz 99). Auch für Zusammenschlüsse zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes kommt derzeit wohl nur die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Betracht (vgl. Art. IV RL-BA; hierzu Arnold a.a.O. 420).

Einer Gruppe der freien Berufe, nämlich den Wirtschaftstreuhändern steht allerdings bereits jetzt die Möglichkeit der Bildung sowohl von Personengesellschaften (OHG, KG) als auch von Kapitalgesellschaften (GesmbH bzw. AG) offen. Gemäß § 29 Abs. 2 der Wirtschaftstreuhänder-Berufsordnung, BGBl. 1955/125 idF BGBl. 1982/352, darf die Tätigkeit eines Wirtschaftstreuhänders in den Rechtsformen von Personengesellschaften des Handelsrechts oder von Kapitalgesellschaften ausgeübt werden, wobei das Gesetz für die Mitgliedschaft in solchen Gesellschaften, die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, das Stimmrecht in der Gesellschaft etc. Einschränkungen normiert (vgl. im einzelnen § 29 Abs. 2 Z 1 bis 12 WTBO). Die Regelung der WTBO könnte zur Überlegung Anlaß geben, ob die Schaffung einer besonderen Gesellschaftsform für die freien Berufe notwendig ist oder ob das angestrebte Ziel der Ausübung der freien

- 4 -

Berufstätigkeit im Rahmen einer Gesellschaft nicht mit den zur Verfügung stehenden Gesellschaftsformen erreicht werden könnte. Würde dieser Weg beschritten, müßten in die die Ausübung der freien Berufe regelnden Gesetze entsprechende Bestimmungen über die Zulässigkeit der Gesellschaftsbildung aufgenommen werden, wie dies die WTBO bereits vorsieht. Es muß aber doch bedacht werden, daß die dargestellte Regelung der WTBO an sich systemfremd ist, weil herkömmlicherweise der freie Beruf vom Gewerbe, insbesondere vom Handelsgewerbe unterschieden wird und handelsrechtliche Personengesellschaften nur zum Betrieb eines Handelsgewerbes gebildet werden sollten. Der Eigenständigkeit der freien Berufe soll nach dem Wunsche der Bundeskonferenz der freien Berufe durch Schaffung einer besonderen Gesellschaftsform Rechnung getragen werden. Auch die internationale Rechtsentwicklung geht wohl in diese Richtung. So berichtet Arnold a.a.O. 424, daß nach französischem Recht für die freien Berufe die Société civile professionnelle geschaffen wurde, in der Bundesrepublik Deutschland wurde ein Partnerschaftsgesetz verabschiedet, dem allerdings der Bundesrat seine Zustimmung versagt hat. Unter diesen Gesichtspunkten sollte dem österreichischen Vorhaben nicht mit dem Hinweis entgegengetreten werden, daß eine Notwendigkeit zur Schaffung einer neuen Gesellschaftsform nicht besteht.

Zu prüfen ist freilich, ob sich für die Rechtsanwendung Probleme ergeben können. Mit Recht wird in den

- 5 -

Erläuterungen darauf verwiesen, daß die Partnerschaft weitgehend den gesetzlichen Bestimmungen über die OHG und KG unterliegen soll, was die praktische Anwendung des Gesetzes insoferne erleichtern wird, weil die umfangreiche Lehre und Rechtsprechung zum Recht der Personengesellschaften anwendbar sein wird. Arnold hat a.a.O. 424 in kompetenter Weise die im Rahmen eines Partnerschaftsgesetzes regelungsbedürftigen Probleme aufgezeigt, die im Gesetzesentwurf Behandlung erfahren haben. Zu zweifelhaft gebliebenen Einzelfragen wird wie folgt Stellung genommen:

§ 3 des Entwurfes ist mit "Zulässigkeit der Gesellschaftsgründung" überschrieben. Er sieht vor, daß sich Angehörige desselben freien Berufs, die die Voraussetzungen für selbständige Berufsausübung haben, zur gemeinsamen Berufsausübung in Form einer Partnerschaft zusammenschließen können. Für solche Zusammenschlüsse sollen gemäß dem zweiten Satz des Abs. 1 dieser Gesetzesstelle "vorbehaltlich abweichender Regelungen in den Vorschriften für die einzelnen freien Berufe" die nachfolgenden Bestimmungen des Gesetzes gelten. Nach den Erläuterungen regelt der zweite Satz des Abs. 1 das Verhältnis zu den berufsrechtlichen Vorschriften. Er soll klarstellen, daß etwaigen bereits bestehenden Abweichungen in den berufsrechtlichen Vorschriften durch das Partnerschaftsgesetz nicht materiell derogiert wird und in den berufsrechtlichen Vorschriften vom Partnerschaftsgesetz abweichende Regelungen geschaffen werden

- 6 -

können. Gedacht ist dabei offenbar an gesellschaftliche Zusammenschlüsse einschränkende Bestimmungen der jeweiligen berufsrechtlichen Vorschriften, weil über das Partnerschaftsgesetz hinausgehende Möglichkeiten gesellschaftlicher Zusammenschlüsse gemäß § 37 des Entwurfes unberührt bleiben sollen. Die Tragweite des Vorbehalts solcher einschränkender Bestimmungen in den einzelnen berufsrechtlichen Vorschriften erscheint aber nicht ganz eindeutig. So betont etwa das Ärztegesetz 1984 in ganz besonders starkem Maße das Erfordernis der selbständigen Berufsausübung des einzelnen Arztes. § 22 Abs. 2 ÄrzteG verpflichtet den Arzt, seinen Beruf "persönlich und unmittelbar, allenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Ärzten" auszuüben. § 23 Abs. 1 ÄrzteG sieht als Form der "Zusammenarbeit Ordinations- und/oder Apparategemeinschaften (§ 23 idF BGBl. 1987/314) vor und normiert, daß eine solche Zusammenarbeit nach außen hin nicht in Erscheinung treten darf. Eine Ordinations- und Apparategemeinschaft darf gemäß § 23 Abs. 2 ÄrzteG auch nur zwischen Ärzten, also nicht mit berufsfremden Personen begründet werden. Aus dieser Regelung wird abgeleitet, daß jeder Arzt sein eigenes Arztschild anzubringen hat, also nicht einmal in dieser Form ein Hinweis auf einen partnerschaftlichen Zusammenschluß zulässig ist (vgl. Aigner-List, ÄrzteG 1984, 49 FN 2). Es erscheint nicht ganz klar, ob diese Bestimmung der Zulässigkeit der Gesellschaftsgründung als "abweichende Regelung" im ÄrzteG entgegensteht oder sie

- 7 -

zumindest einschränkt. Ähnliche Zweifelsfragen ergeben sich im Ziviltechnikerrecht. § 20 ZTG verpflichtet den Zivilingenieur zur persönlichen Berufsausübung, woraus abgeleitet wird, daß auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmung Gesellschaftsgründungen nur in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zulässig sind (Pany-Schwarzer a.a.O. 40, FN 1). Punkt 7.1 der Standesregeln für Ziviltechniker (abgedruckt bei Pany-Schwarzer a.a.O. 99) spricht zwar aus, daß jede rechtlich mögliche Gesellschaftsbildung unter Ziviltechnikern gestattet ist, sofern die Bestimmungen des Ziviltechnikergesetzes nicht verletzt werden und die Wahrung der sich aus dem Ziviltechnikergesetz und den Standesregeln ergebenden Verpflichtungen nicht beeinträchtigt wird. Punkt 7.2 der Standesregeln enthält aber für Gesellschaften mit Berufsfremden wesentliche Einschränkungen, insoferne, als eine solche Gesellschaft nur als Innengesellschaft zulässig ist. Schon Arnold erachtet a.a.O. FN 143 eine detailliertere Regelung, die sich an die WTBO anlehnen könnte, als zweckdienlich, da die Standesregeln Zweifelsfragen offen lassen. Eine präzisere Klarstellung des Verhältnisses der Bestimmungen des Partnerschaftsgesetzes zu den einzelnen berufsrechtlichen Vorschriften ist unabdingbar.

§ 9 des Entwurfes sieht die Möglichkeit der Fortführung des Partnerschaftsnamens auch dann vor, wenn jener Partner, dessen Name im Partnerschaftsnamen aufscheint, verstorben ist. Vorbild dieser Regelung ist offensichtlich

- 8 -

§ 24 Abs. 1 HGB. Bei Handelsgesellschaften bezweckt die Regelung die Erhaltung des in der Firma liegenden Wertes, wodurch die Durchbrechung des Grundsatzes der Firmenwahrheit in Kauf genommen wird (Schuhmacher in Straube a.a.O. Rz 1 zu § 24). Bei einem freien Beruf, der seinem Wesen nach - insbesondere bei Rechtsanwälten und Ärzten - im Vertrauen auf die Leistungsfähigkeit des einzelnen Berufsangehörigen besteht, ist die Berechtigung der Namensfortführung zu verneinen. Die Weiterführung der Partnerschaftsbezeichnung z.B. eines hervorragenden Arztes nach dessen Tod durch den Nachfolger ist wohl in einem nicht mehr gerechtfertigten Maße täuschungsfähig.

§ 17 des Entwurfes normiert, daß die Tätigkeit der Partnerschaft auf die Ausübung des freien Berufes einschließlich der erforderlichen Hilfstätigkeiten und der Verwaltung des Gesellschaftsvermögens beschränkt ist. Diese Regelung erweckt zunächst den Anschein, daß es sich um eine auch nach außen wirksame Beschränkung der Fähigkeit der Partnerschaft, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, also um ein Wiederaufleben der Ultra-vires-Lehre handelt, die auch im österreichischen Recht durch Ehrenzweig (Lehrbuch, Allgemeiner Teil² 206) und Ostheim (Die Rechtsfähigkeit von Verbänden 111, 113, 116, 137 ff) namhafte Vertreter hat, also nicht nur, wie man nach den Erläuterungen glauben könnte, im anglo-amerikanischen Rechtsbereich vertreten wird. Aicher in Rummel, Komm. Rz 24 zu § 26 verweist darauf, daß die Problematik "vielschichtig" sei,

- 9 -

weil es gesetzliche Beschränkungen der Rechtsfähigkeit der juristischen Person gibt. Ob eine gesetzliche Bestimmung die Rechtsfähigkeit oder nur die Vertretungsmacht beschränkt, sei durch Interpretation zu ermitteln. Nach den Erläuterungen soll der Bestimmung keine nach außen wirksame Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Partnerschaft zukommen. Es wäre dann aber zu erwägen, ob die Absicht des Gesetzgebers, daß es sich bei § 17 Abs. 1 des Entwurfes letztlich nur um eine disziplinarrechtlich sanktionierte Beschränkung des Tätigkeitsbereiches der Partnerschaft handelt, nicht deutlicher zum Ausdruck gebracht werden sollte. Vorzuziehen wäre eine Formulierung, die nicht die Tätigkeit der Partnerschaft beschränkt, sondern den Partnern der Gesellschaft die Berufspflicht auferlegt, sich bei ihrer Tätigkeit als Partner auf Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen zu beschränken, die den Rahmen der Ausübung des freien Berufes nicht überschreiten.

§ 19 Abs. 2 des Entwurfes sieht vor, daß ein zunächst berufsberechtigter Partner, der diese Berechtigung verliert, damit Kommanditpartner wird, sofern er nicht ausscheidet. Für den Kommanditpartner ist gemäß § 7 Abs. 1 des Entwurfes kennzeichnend, daß seine Haftung auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist. Ein Vollpartner, der keine Vermögenseinlage eingebracht hat (sondern nur mit seiner Arbeitskraft an der Partnerschaft beteiligt ist), kann daher wohl nicht automatisch Kommanditpartner werden; es bleibt nämlich offen, bis zu welchem

- 10 -

Betrag seine Haftung nach der Umwandlung seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung beschränkt sein soll. Die Bestimmung könnte dahin verstanden werden, daß die auf dem Kapitalkonto des Partners ausgewiesene Einlage als Kommanditeinlage zu gelten hat, vergleichbar der Regelung des § 139 Abs. 1 zweiter Satz HGB für den Fall des Eintritts des Erben als Kommanditist in eine OHG an Stelle des verstorbenen offenen Handelsgesellschafters. Dies sollte aber zur Klarstellung zum Ausdruck gebracht werden. Nicht beseitigt ist auch die Problematik, daß die eigene Arbeitskraft zwar als Einlage gilt, aber bei Berechnung des Kapitalanteils mangels gegenteiliger Vereinbarung nicht zu berücksichtigen ist, da sie keinen Teil des Gesellschaftsvermögens bildet (Fischer in Großkommentar HGB³ Rz 24 zu § 120).

Zu § 22 Abs. 2 des Entwurfes bedarf es der Klarstellung, ob sich die Einschränkung, daß Stimmen der Kommanditpartner nicht mehr Gewicht haben dürfen als die Stimmen der Vollpartner, auf die einzelne Stimme oder auf die Gesamtheit der den Kommanditpartnern zustehenden Stimmen bezieht.

§ 28 Abs. 2 des Entwurfes sieht das Ausscheiden eines berufsfremden Kommanditpartners aus der Partnerschaft mit dem Eintritt der Rechtskraft eines Bescheides der Kammer (Disziplinarbehörde) vor, mit dem festgestellt wird, daß er eine Handlung begangen hat, die die Zulassung zur Ausübung des freien Berufs hindern würde oder seiner weiteren Ausübung entgegenstünde, oder daß die Zugehörigkeit dieses

- 11 -

Partners zur Partnerschaft mit Ehre und Ansehen des Standes unvereinbar ist. Die Erstreckung der Disziplinalgewalt auf nicht kammerangehörige berufsfremde Partner erscheint bedenklich, insbesondere dann, wenn es darum geht, daß die Disziplinarbehörde mit ihrer Entscheidung praktisch über zivilrechtliche Ansprüche solcher Personen, nämlich die Mitgliedschaft in der Partnerschaft entscheidet. Unangemessen ist, daß der Kommanditpartner unter anderen Voraussetzungen als der Vollpartner ausgeschlossen werden kann, der gemäß § 28 Abs. 1 des Entwurfes, abgesehen vom Insolvenzfall (§ 27 des Entwurfes) nur dann aus der Partnerschaft ausscheidet, wenn ihn ein dauerndes Berufsverbot trifft. Die in Ansehung des Kommanditpartners vorgesehene Regelung ist wohl unangemessen, wenn bedacht wird, daß dem Kommanditpartner in der Partnerschaft ohnehin kraft zwingender Bestimmung weder Geschäftsführungs- noch Vertretungsbefugnis zukommt (§§ 24, 34 des Entwurfes). Dies soll an einem Beispiel aus dem Ziviltechnikerrecht dargestellt werden. Gemäß § 7 Abs. 2 ZTG ist von der Verleihung einer Befugnis als Ziviltechniker ausgeschlossen eine Person, die während eines anhängigen Disziplinarverfahrens aus dem öffentlichen Dienst ausgetreten ist (lit. c). Die Befugnis eines Architekten kann gemäß § 7 Abs. 3 einer Person nicht verliehen werden, die eine Berechtigung zur gewerbsmäßigen Ausführung von einschlägigen Arbeiten auf dem angestrebten Fachgebiet besitzt. Gemäß § 23 Abs. 1 ZTG ist schon an die Anhängigkeit eines strafgerichtlichen Verfahrens die Einstellung der

- 12 -

Ausübung der Befugnis für die Dauer dieses Verfahrens geknüpft. Alle diese Umstände stehen der Zulassung zur Ausübung des freien Berufes eines Ziviltechnikers bzw. seiner weiteren Ausübung entgegen. Sie hätten demnach den Ausschluß aus der Partnerschaft und damit möglicherweise bedeutende vermögensrechtliche Nachteile zur Folge. Nicht ganz verständlich ist es bei der vorgeschlagenen Gesetzesfassung, wenn die Erläuterungen zu § 28 Abs. 2 ausführen, daß ein derartiger Schritt (Feststellung des Ausschlußgrundes in Disziplinarverfahren) nur in besonderen Fällen möglich sein wird, vergleichbar jenen, die bei einem Freiberufler den Ausspruch eines dauernden Berufsverbots rechtfertigen. Dabei wird übersehen, daß die Gründe des § 28 Abs. 2 des Entwurfes über den in § 28 Abs. 1 genannten Grund hinausgehen. Es soll nicht verkannt werden, daß im Einzelfall die Möglichkeit des Ausschlusses berufsfremder Partner aus der Partnerschaft im Interesse der Vertrauenswürdigkeit der Partnerschaft bzw. der Wahrung des Standesansehens erforderlich sein kann, doch sollte der Ausschluß mit gesellschaftsrechtlichem Instrumentarium erreicht werden (vgl. Arnold a.a.O. 427 FN 61).

Als Alternative zu der in § 28 Abs. 2 vorgesehenen Regelung könnte in Betracht gezogen werden, die Vollpartner bei sonstiger disziplinarer Ahndung zu verpflichten, gegen einen Kommanditpartner die Klage auf Ausschluß aus der Partnerschaft (§ 140 HGB, anwendbar gemäß § 33 des Entwurfes) zu erheben, wenn die Vertrauenswürdigkeit der Partnerschaft

- 13 -

den Ausschluß des Kommanditpartners erfordert. Die Beurteilung, ob hinreichende Gründe für den Ausschluß vorliegen, obläge dann dem unabhängigen Gericht.

Wien, am 31. Mai 1988

Dr. Melnizky

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized 'M' or similar character, positioned to the right of the text 'Für die Richtigkeit der Ausfertigung:'.