

UNIVERSITÄT INNSBRUCK  
 INSTITUT FÜR  
 HANDELS- UND WERTPAPIERRECHT  
 UNIV.-PROF. DR. GÜNTHER H. ROTH

A-6020 INNSBRUCK  
 INNRAIN 52  
 TEL. (05222) 724-25 61

den 31.5.88

Herrn  
 Bundesminister der Justiz  
 Bundesministerium für Justiz

Postfach 63  
 1016 W i e n

Betreff	GESETZENTWURF
Z	42 CE 2
Datum:	16. JUNI 1988
Verteilt:	22. Juni 1988

*H. Bamber*

Betr.: Entwurf eines Bundesgesetzes über die Partnerschaft  
 für Freie Berufe (Partnerschaftsgesetz)

Sehr geehrter Herr Minister!

Ich gestatte mir, Ihnen beiliegend eine Stellungnahme des  
 Instituts für Handelsrecht an der Universität Innsbruck zu  
 dem genannten Entwurf zu übermitteln, die von Herrn Univ.-  
 Prof. Dr. Hanns Fitz und mir gemeinschaftlich erstellt wurde.

25 Ausfertigungen der Stellungnahme werden dem Präsidium  
 des Nationalrats übermittelt.

Mit verbindlichen Empfehlungen

Ihr sehr ergebener

*Günter H. Roth*

UNIVERSITÄT INNSBRUCK  
INSTITUT FÜR  
HANDELS- UND WERTPAPIERRECHT  
UNIV.-PROF. DR. GÜNTER H. ROTH

A-6020 INNSBRUCK  
INNRAIN 52  
TEL. (05222) 724-25 61

Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes  
über die Partnerschaft für freie Berufe

I. Allgemeines

Die Schaffung einer eigenständigen Gesellschaftsform für freie Berufe in Anlehnung an die Personenhandels-gesellschaft erfüllt einen vernünftigen Zweck, solange man daran festhält, daß die freien Berufe kein Gewerbe im Sinne des Handelsrechts darstellen (ihnen daher OHG und KG verschlossen sind) und/oder daß das jeweilige Standesrecht ihnen den Zugang zu handelsrechtlichen Gesellschaftsformen versperrt. Man muß sich aber darüber im klaren sein, daß die beiden letztgenannten Gesichtspunkte weder unveränderlich noch unbedingt sinnvoll sind. Der Gesetzgeber könnte alternativ die Gewerbequalifikation anerkennen und damit den Zugang zu den Personenhandels-gesellschaften eröffnen (wie er es für die Wirtschaftstreuhänder im § 29 WTBO bereits getan hat) und gleichzeitig die entsprechenden standesrechtlichen Hindernisse aus dem Weg räumen. Dann wäre die kleinere Gesellschaft (die keine kaufmännische Einrichtung ist von § 2 HGB erfordert) auf die Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts verwiesen und die größere Gesellschaft in vollem Umfang dem Handelsrecht unterworfen, hätte also Bücher zu führen (was bei Erforderlichkeit kaufmännischer Einrichtung konsequent ist), könnte aber auch Handlungsvollmacht erteilen etc.

Nun erscheint zwar die Kritik an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Erläuterungen S. 1) im Prinzip überzeugend; aber immerhin muß auch die große Zahl der minder- und nichtkaufmännischen gewerblichen Unternehmen mit

dieser Gesellschaftsform ihr Auskommen finden. Der vorliegende Gesetzesentwurf wirft daher zwangsläufig die Frage auf, ob nicht vorrangig die Gesellschaft bürgerlichen Rechts einer Reform bedarf, damit auch sie eine höhere Organisationsdichte erreicht und den Ansprüchen einer dauernden gemeinsamen Berufsausübung - für gewerbliche wie für freie Berufe - genügt (Erläuterungen S. 1).

## II. Die Regelung im einzelnen, Legistik

Verschiedene Bedenken betreffen einzelne Regelungen des Gesetzentwurfes, wobei man zum Teil über die Zweckmäßigkeit bestimmter Punkte diskutieren kann, zum Teil aber auch eine Gesetzgebungstechnik in Frage steht, die unserem bisherigen System des Gesellschaftsrechts fremd ist. Insoweit muß man sich fragen, ob die Verfasser des Entwurfs hier absichtlich gesellschaftsrechtliches Neuland betreten (wofür aber dieses spezielle Partnerschaftsgesetz vielleicht nicht gerade die passende Gelegenheit ist) oder ob die rechtssystematische Diskrepanz überhaupt nicht gesehen wurde. Zumindest muß auf dieses Problem nachdrücklich hingewiesen werden.

1. Ein Hauptproblem dürfte das Verhältnis der neuen Partnerschaft zu den anderen Gesellschaftsformen sein, sofern auch diese den freien Berufen zur Verfügung stehen (wie beispielsweise für Wirtschaftstreuhänder, Apotheker). Klar erscheint, daß die Kapitalgesellschaften AG und GmbH neben der Partnerschaft zur freien Wahl stehen (§ 37 des Entwurfs). Zu bedenken ist jedoch, daß beispielsweise Wirtschaftstreuhänder, deren Gesellschaft nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert, sich nach § 2 HGB als Personenhandelsgesellschaft ins Handelsregister eintragen lassen müssen (vgl. Grünwald, WB1 1987, 324, 327), und Apotheker werden, da sie ein Grundhandels-gewerbe betreiben (Straube, HGB-Kommentar § 1 Rz. 34),

sogar automatisch zur OHG, wenn ihr Unternehmen die entsprechende Größenordnung erreicht. Soll nun die neue Partnerschaft in derartigen Fällen nur für das kleinere Unternehmen verfügbar sein, also in Konkurrenz zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts treten, oder auch mit der OHG konkurrieren? Die diesbezügliche Absicht des Gesetzgebers wird auch aus den Erläuterungen auf S. 9 nicht klar. Hier ist eine Klarstellung erforderlich, und wenn eine Konkurrenz zur OHG beabsichtigt ist, müssen auch im OHG-Recht die entsprechenden Voraussetzungen dafür geschaffen werden.

2. Zur Entstehung der Partnerschaft: Die konstitutive Natur der Registereintragung (§ 14 Abs. 2 des Entwurfs) ist im Recht der Personengesellschaften ein Fremdkörper. Zwar wirkt in den Fällen des § 2 HGB die Registereintragung für OHG und KG im Ergebnis ebenfalls konstitutiv, aber doch nur deswegen, weil hier die Qualifikation des Unternehmensgegenstands von der Registereintragung abhängt. Dieser Sinnzusammenhang läßt sich auf die Partnerschaft nicht übertragen. Trotzdem spricht in praktischer Hinsicht für die konstitutive Natur der Registereintragung, daß sich andernfalls ein Abgrenzungsproblem zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts ergäbe, d.h., es wäre dann vor Registereintragung unter Umständen nicht klar, ob eine Partnerschaft oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts besteht. Andererseits ist zu bedenken, daß man sich mit der Regelung des § 14 Abs. 2 das Problem der Vorgesellschaft einhandelt, wenn die Partnerschaft bereits vor der Eintragung ihre Tätigkeit aufnimmt.

3. Tätigkeitsbereich: Die Vorschrift des § 17 Abs. 1 ist unglücklich, weil sie zwangsläufig (und trotz des Vorbehalts auf S. 22 der Erläuterungen) das ultra vires-Problem aufwirft. Wenn eine entsprechende Anordnung neben § 4 für erforderlich gehalten wird, so sollte eine

Formulierung wie in § 17 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 gewählt werden: Die Partnerschaft "darf nur ...".

4. Eine der problematischsten Regelungen scheint uns die körperschaftliche Alternative in § 21 zu sein. Zunächst einmal sollte nach dem Vorbild von § 1 AktG deutlich Farbe bekannt werden, daß es sich hier um eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt. ("Partnerschaft als Rechtsträger" sagt nicht genug, vgl. § 5 des Entwurfs und § 124 HGB.) Sodann ist es aber ein absolutes Novum im Gesellschaftsrecht, ein- und dieselbe Gesellschaftsform nach Wahl mit oder ohne Rechtspersönlichkeit verfügbar zu machen. Ein solcher gesetzgeberischer Schritt ist von grundsätzlicher Bedeutung für das gesamte Gesellschaftsrecht, ebenso die Detailregelung zur Einmanngesellschaft in § 21 Abs. 3 des Entwurfs. Ich halte es nicht für glücklich, daß in einem speziellen und untergeordneten Gesetz solche Grundsatzfragen aufgegriffen und in einem geradezu revolutionären Sinne geregelt werden. Wenn es im praktischen Ergebnis nur darum geht, der Partnerschaft bestimmte steuerrechtliche Vergünstigungen zu eröffnen, so könnte man ebensogut entsprechende Wahlmöglichkeiten unmittelbar im Steuerrecht vorsehen. Dies wäre meines Erachtens besser als die Schaffung eines neuartigen gesellschaftsrechtlichen Zwitterwesens, dessen Auswirkung auf die gesamte gesellschaftsrechtliche Dogmatik und Systematik sehr sorgfältig bedacht sein will!

5. Unglücklich und systemwidrig ist die Fassung des § 34 (zwingendes Recht). Zunächst einmal ist es überflüssig und ohne Sinn, gesetzliche Vorschriften "als Inhalt des Partnerschaftsvertrags" gelten zu lassen. Zwingendes Gesetzesrecht gilt als solches und bedarf keiner fiktiven Einbeziehung in den Vertragsinhalt. Zum zweiten ist die Beschränkung der zwingenden Geltung auf das Innenverhält-

nis unverständlich; bisher war die Auffassung üblich, daß gerade die Interessenlage im Außenverhältnis in erhöhtem Maße zwingendes Recht verlangt. Soll hier tatsächlich gemeint sein, daß etwa eine gegen § 23 Abs. 1 des Entwurfs verstoßende Regelung der Vertretungsmacht gegen Dritte doch wirksam sein sollte? (Vgl. demgegenüber §§ 125, 126 HGB!)

Merkwürdig erscheint auch die pauschale Herausnahme der durch die §§ 10, 16 und 33 verwiesenen Vorschriften aus der Unwirksamkeitsfolge. Soll tatsächlich etwa eine gegen § 18 Abs. 2 HGB verstoßende Regelung sowohl gegenüber Dritten (vgl. § 34 Satz 1) als auch im Innenverhältnis (§ 34 Abs. 2) wirksam sein?

6. Eben solche Unklarheiten über das Verhältnis zwischen Gesetzes- und Vertragsrecht kommen in der soeben genannten Vorschrift des § 23 Abs. 1 selbst zum Ausdruck. Wieso "müssen" alle Vollpartner Einzelvertretungsbefugnis haben, was wohl als Gebot für den Vertragsinhalt gemeint ist und dann über § 37 die vorerwähnte zwingende Wirkung entfaltet? Allein sinnvoll und der bisher üblichen Gesetzssystematik entsprechend ist es dann doch, unmittelbar von Gesetzes wegen anzuordnen, daß Einzelvertretungsmacht besteht, vgl. § 125 Abs. 1 HGB.

7. Zu § 9 Abs. 1: Entsprechend § 24 Abs. 2 HGB soll auch der Partnerschaft die Möglichkeit einer Namensfortführung nach Ausscheiden aus der Partnerschaft oder nach Beendigung der Berufstätigkeit eines Partners, dessen Namen im Partnerschaftsnamen enthalten ist, möglich sein. Zu bedenken ist allerdings, daß im Unterschied zu Kaufleuten bei freiberuflich Tätigen der persönlichen Dienstleistung ein ungleich höherer Stellenwert beigemessen wird. Wer etwa aufgrund des Namens eines berühmten Internisten eine ärztliche Partnerschaft aufsucht, ohne daß er von dem Genannten noch behandelt werden könnte, wird in seinem Vertrauen ungleich stärker enttäuscht als etwa der Vertrags-

partner einer OHG mit einer inzwischen nicht mehr objektiv zutreffenden Personenfirma. Aus Gründen des Verbraucherschutzes sollte daher § 9 des Entwurfs nochmals überdacht werden.

8. § 16 sieht die sinngemäße Geltung gewisser registerrechtlicher Vorschriften für das Partnerschaftsregister vor. Bemerkenswerterweise fehlt in der Aufzählung § 15 HGB - eine für die Wirkungen der Eintragung zentrale Norm -, so daß diese Bestimmung nur als "sonst für die Führung der Abteilung A des Handelsregisters geltende Vorschrift" einfließen kann. Da es sich hierbei jedoch nicht um eine für die "Führung der Abteilung A", sondern ganz allgemein geltende Vorschrift handelt, könnte diese Formulierung zu einem Umkehrschluß verleiten. Einer solchen, das Partnerschaftsregister wesentlich entwertenden Auslegung sollte durch eine klare Formulierung vorgebeugt werden.

### III. Rechtspolitische Tendenzen

Auffällig und bedenkenswert sind vor allem zwei rechtspolitische Tendenzen, die den Entwurf prägen.

1. Die Steuervergünstigung für die körperschaftliche Alternative (§ 21), die vor allem nach der geplanten Reform der Körperschaftsteuer erhebliches Gewicht gewinnen könnte. Hier wird sich der Öffentlichkeit unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung die doppelte Frage stellen, warum der Entwurf die schlichte Wahlmöglichkeit den freien Berufen vorbehält und nicht etwa auch den gewerblichen Personengesellschaften gewährt, und warum zweitens dieser Steuervorteil nur bei gemeinschaftlicher Berufsausübung eingeräumt wird, nicht auch dem einzelnen freiberuflich Tätigen. Im gewerblichen Bereich ist ja insoweit immerhin die Einmann-GmbH eröffnet, die aber § 21 Abs. 3 des Entwurfs ausschließt.

2. Die Privilegierung der verbandsmäßig organisierten Freiberufe. Es ist nicht einzusehen, warum die Vorteile der geplanten Partnerschaft innerhalb der freien Berufe nur jenen zugute kommen sollen, die in den von § 2 des Entwurfs erfaßten Verbänden organisiert sind, während die anderen (z.B. Künstler, Wissenschaftler, Erfinder) auf die grobschlächtige Alternative zwischen bürgerlich-rechtlicher Gesellschaft und juristischer Person angewiesen bleiben. In der vorliegenden Form jedenfalls kann das Gesetz wohl nur als weiterer Baustein für den Verbände-staat Österreich verstanden werden. Bestätigt wird diese Einschätzung auch durch den Inhalt des Gesetzes, das den Körperschaften einen starken Einfluß auf die Vertragsgestaltung (§§ 15, 31 Abs. 2) und Streitbeilegung (z.B. § 13 Abs. 1 und 2) einräumt.

§ 13 Abs. 1 enthält zwar nur eine unverbindliche Empfehlung für eine Schiedsklausel, schränkt aber die Vertragsfreiheit im Hinblick auf die Zahl der Schiedsrichter und die Zusammensetzung des Schiedsgerichts erheblich im Sinne einer rein berufständischen Rechtsprechung ein. Der in den Erläuterungen dafür angeführte Grund, daß dies "zweckmäßig sei, da bei solchen Streitigkeiten häufig berufsspezifische Fragen zur Debatte stehen werden", überzeugt nicht. In aller Regel geht es um speziell juristische Fragen (z.B. Auslegung von Willenserklärungen, Gewinnverteilung, Abfindung eines ausscheidenden Partners, ordnungsgemäße Buchführung etc.), und es ist daher nicht einsichtig, warum ein Schiedsgericht zwingend berufsständisch organisiert sein muß. Wenn das Argument der Erläuterungen wirklich tragfähig wäre, so müßten auch Schiedsgerichtsvereinbarungen von Freiberuflern im Rahmen einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft einer Einschränkung wie § 13 Abs. 1 des Entwurfes unterworfen werden. In Wahrheit dürfte die Hauptfunktion des § 13 Abs. 1 wohl eher in einem Funktionszuwachs der Berufsverbände und ih-



rer Funktionäre liegen.

Weitgehende Einflußnahmemöglichkeiten für die Kammerorganisationen auf die Vertragsgestaltung ermöglicht auch § 15 Abs. 1 durch das Registrierungserfordernis einer Unbedenklichkeitsbescheinigung. Allerdings soll sich die Kontrollbefugnis der Kammern lediglich auf die Einhaltung berufsrechtlicher Vorschriften erstrecken (Erläuterungen S. 22). So klar sagt das der Text indessen nicht. Während Abs. 1 noch schlechthin von einem "Einwand" gegen die Eintragung spricht, nimmt erst Abs. 2 auf dieses Kriterium ausdrücklich Bezug und zwar in einer Weise, die durchaus auch den Umkehrschluß auf eine weitergehende Kompetenz in Abs. 1 zuläßt.

Univ.-Prof. Dr. Günter H. Roth

Univ.-Prof. Dr. Hanns Fitz