

Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis

Herrler

2. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-75665-8
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Berufsrechts oder des § 105 II HGB?, DB 2011, 2477; *Schumacher*, Der Wechsel in die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB), GmbHR 2016, 732; *Schüppen*, Wider die LLP, für rechtspolitische Plausibilität – es bleibt viel zu tun bei der Änderung des PartGG, BB 2012, 783; *Seibert*, Regierungsentwurf eines Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes, ZIP 1993, 1197; *ders.*, Aktuelle Änderungen des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes: Neue Haftungsregelung für Freiberufler, BRAK-Mitt. 1998, 210; *ders.*, Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartGmbB), DB 2013, 1710; *Sommer*, Umwandlung einer GbR in eine Partnerschaftsgesellschaft, NJW 1998, 3549; *Sommer/Treptow*, Die „Umwandlung“ einer Partnerschaftsgesellschaft in eine Part mbB und ihre Folgen, NJW 2013, 3269; *Triebel/Otte/Kimpel*, Die englische Limited Liability Partnership in Deutschland: Eine attraktive Rechtsform für deutsche Beratungsgesellschaften?, BB 2005, 1233; *Triebel/Silny*, Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer in Deutschland tätigen englischen Rechtsanwalts-LLP, NJW 2008, 1034; *Uwer/Roeding*, Wege in die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, AnwBl. 2013, 309; *Wälzholz*, Wege in die PartG mbB – Überlegungen zur Gründung und Umwandlung bereits existierender Rechtsträger in eine PartG mbB, DStR 2013, 2637; *Weller/Kienle*, Die Anwalts-LLP in Deutschland: Anerkennung – Postulationsfähigkeit – Haftung, Teil I, DStR 2005, 1060 und Teil II, DStR 2005, 1102; *Wertenbruch*, Die Innenhaftung bei der Partnerschaftsgesellschaft mbB, NZG 2013, 1006; *ders.*, Die Öffnung der KG und GmbH & Co. KG für die Freien Berufe in der Reform des Personengesellschaftsrechts, NZG 2019, 1081; *Westermann*, Zur Zulassung der GmbH & Co. KG (auch: UG & Co. KG) als Berufsausübungsgesellschaft von Rechtsanwälten, NZG 2019, 1; *Zimmermann*, Verdrängt die PartG mbB Haftungsvereinbarungen?, NJW 2014, 1142; *Zwirlein/Großrichter/Gätsch*, Exit before Brexit. Handlungsoptionen für Gesellschaften englischen Rechts in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der LLP, NZG 2017, 1041.

A. Grundlagen

I. Entstehungsgeschichte

1. Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften

Seit dem 1.7.1995 steht in Deutschland die Partnerschaftsgesellschaft (auch Partnerschaft oder PartG) als Rechtsform zur Verfügung.¹ Sie ist gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 PartGG eine Gesellschaft, in der sich Angehörige freier Berufe zur Ausübung ihrer Tätigkeit zusammenschließen können. Mit der neu geschaffenen Gesellschaftsform sollte der Berufsgruppe der Freiberufler eine besondere, auf ihre Bedürfnisse zugeschnittene Organisationsform zur Verfügung gestellt werden und die Lücke zwischen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und den Kapitalgesellschaften geschlossen werden.² Hintergrund hierfür war die Erkenntnis, dass Freiberufler durch die Notwendigkeit einer Spezialisierung, den erhöhten Konkurrenzdruck im Binnenmarkt sowie einen vermehrten Kapitalbedarf zunehmend zu einer kooperativen Leistungserbringung gezwungen waren und die GbR nicht als ideal für die Kooperation von Freiberuflern angesehen wurde.³

2. Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mbB

a) Hintergrund. Mit einer Reform im Recht der Partnerschaft sollte eine deutsche Alternative zur Rechtsform der englischen LLP geschaffen werden, die unter Ausnutzung der europäischen Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Art. 49, 54 AEUV) zunehmend in Deutschland an Attraktivität gewonnen hatte.⁴ Vor diesem Hintergrund wurde der „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer“⁵ am 27.9.2012 in erster Lesung im Bundestag beraten und am 7.11.2012 im Rechtsausschuss des Bundestages behandelt. Das Gesetz wurde am

¹ Zum Gesetzgebungsverfahren vgl. MHD B GesR I/Salger § 36 Rn. 1 ff.; *Henssler* PartGG Einf. Rn. 1 ff.; *MWHLW/Lenz* PartGG § 1 Rn. 1 ff.; *Römermann/Römermann* PartGG Einf. Rn. 1 ff.; *Bösert* DStR 1993, 1332.

² BT-Drs. 12/6152, 1; hierzu *Seibert* ZIP 1993, 1197; *Michalski* ZIP 1993, 1210.

³ BT-Drs. 12/6152, 1.

⁴ BT-Drs. 17/10487, 1; *Dahms* NJW-Spezial 2011, 574; kritisch zu diesem Motiv *Römermann/Jähne* BB 2015, 579.

⁵ BT-Drs. 17/10487.

13.6.2013 im Bundestag in dritter Lesung verabschiedet und am 5.7.2013 vom Bundesrat gebilligt. Das Gesetz vom 15.7.2013 ist am 19.7.2013 in Kraft getreten (Art. 8).⁶

- 3 **b) Regelungsgegenstand.** Kernelement des Gesetzes ist die Schaffung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung (mbB). Sie ersetzt die bisherige Partnerschaft nicht, sondern stellt lediglich eine **Rechtsformvariante**, also eine hinsichtlich ihrer Haftungsregelungen abweichend gestaltete Fallgruppe einer Partnerschaft iSd § 1 Abs. 1 PartGG, dar.⁷ Folglich kann auch weiterhin die Partnerschaftsgesellschaft mit dem traditionellen Haftungsregime gewählt werden.
- 4 Die Partnerschaftsgesellschaft mbB steht nur solchen Berufsgruppen offen, bei denen „eine zu diesem Zweck durch Gesetz vorgegebene Berufshaftpflichtversicherung“ besteht (vgl. § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG). Dies ist etwa bei Rechtsanwälten, Patentanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern sowie bei vereidigten Buchprüfern im Rahmen der Einführung der neuen Rechtsformvariante durch Bundesrecht umgesetzt worden. In Bayern und Niedersachsen bestehen Regelungen für Partnerschaften in den Heilberufen (Art. 18 Abs. 2 HKaG Bayern; § 32 Abs. 4 HKG Niedersachsen). Weitere Vorschriften enthalten ferner die Architektengesetze der Länder sowie Landesgesetze für beratende Ingenieure.⁸ Eine ohne gesetzliche Verpflichtung abgeschlossene Berufshaftpflichtversicherung erfüllt die Voraussetzung des § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG nicht. Erforderlich ist eine „durch Gesetz vorgegebene“ Berufshaftpflichtversicherung.⁹
- 5 **c) Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen.** Durch die Neuregelung kann die **Haftung für Berufsfehler** auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden.¹⁰ Dies wird durch die Einfügung eines **neuen Abs. 4** in § 8 PartGG nachvollzogen (zur Haftungsverfassung der Partnerschaftsgesellschaft → Rn. 71 ff.).

Hinweis:

In der Beratungspraxis ist darauf hinzuweisen, dass für das Eingreifen von § 8 Abs. 4 PartGG zunächst erforderlich ist, dass es sich um eine **Verbindlichkeit der Partnerschaft** handeln muss. Zudem ist zu beachten, dass sich die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen nicht auf sämtliche Verbindlichkeiten der Partnerschaft bezieht, sondern ausschließlich auf solche **„aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung“**. Die Regelung führt folglich nicht zu einer persönlichen Haftungsfreiheit wie bei Kapitalgesellschaften, sondern lediglich zu einer **partiellen Haftungsbeschränkung**.

- 6 Sonstige Verbindlichkeiten, die nicht unmittelbar der Berufsausübung zuzuordnen sind, wie zB aus Kauf-, Miet-, Arbeits- oder Leasingverträgen sowie öffentlich-rechtliche, insbesondere steuerliche Verbindlichkeiten der Partnerschaft sind in vollem Umfang weiterhin von der persönlichen Haftung sämtlicher Partner umfasst.¹¹ Von der Haftungsbeschränkung unberührt bleiben ebenfalls deliktische Ansprüche des Geschädigten gegen den handelnden Partner selbst.¹² Aufgrund dessen bleibt die Partnerschaftsgesellschaft mbB

⁶ BGBl. 2013 I 2386.

⁷ OLG Nürnberg DNotZ 2014, 468.

⁸ Eine Übersicht findet sich bei *Lieder/Hoffmann* NJW 2017, 325 (329) sowie *Henssler/Trottmann* NZG 2017, 241 (242); zur Unzulässigkeit der Bildung einer Partnerschaftsgesellschaft mbB unter Beteiligung nicht beratender Ingenieure in Niedersachsen: OLG Celle BeckRS 2016, 14527.

⁹ OLG Celle BeckRS 2016, 14527; OLG Hamm NZBau 2016, 38 (39); OLG Zweibrücken BeckRS 2016, 00274.

¹⁰ *Grunewald* NJW 2012, 3622 (3625).

¹¹ *Posegga* DStR 2012, 611; *Seibert* DB 2013, 1710 (1711); kritisch hierzu *Schiuppen* BB 2012, 783 (784); *Kreße* NJ 2013, 45 (49).

¹² BT-Drs. 17/10487, 14; hierzu *Römermann/Praß* NZG 2012, 601 (603); *Posegga* DStR 2012, 611 (612); *Lieder* NotBZ 2014, 81 (83); *Schumacher* GmbH 2016, 732 (736).

rechtssystematisch eine „Schwester der OHG“.¹³ Dies bedeutet zugleich, dass sie nicht unabhängig von ihrer Tätigkeit kraft Rechtsform gewerbsteuerpflichtig ist.¹⁴ Auch eine Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a Abs. 1 S. 2 InsO besteht nach zutreffender Ansicht nicht.¹⁵

Die Haftungsbeschränkung des § 8 Abs. 4 PartGG greift unter folgender Bedingung ein: Es muss eine **Berufshaftpflichtversicherung der Partnerschaft** mit einer gesetzlich vorgeschriebenen Mindestdeckungssumme **unterhalten** werden (§ 8 Abs. 4 S. 1 und S. 2 PartGG). Das bedeutet, die Versicherung muss **zum Zeitpunkt des Berufsfehlers** bestehen. Das Tatbestandsmerkmal „unterhalten“ bezieht sich auf den Zeitpunkt des Berufsfehlers, der den Auslöser für den Schadensersatzanspruch gelegt hat.¹⁶ Nicht maßgeblich ist hingegen, ob die Versicherung für den aus der Berufspflichtverletzung entstandenen Schaden im Einzelfall tatsächlich eintritt. Daher bleibt unbeachtlich, ob durch den Haftungsfall die Versicherungshöchstsumme überschritten wird oder die Jahreshöchstsumme bereits durch vorausgegangene Haftungsfälle erschöpft ist.¹⁷ Zu beachten ist ferner, dass die Versicherung eine eigenständige der Partnerschaft sein muss. Die Pflichtversicherung der Partner aufgrund des eigenen Berufsrechts bleibt unberührt.¹⁸

Die **Mindestversicherungssumme für Rechts- und Patentanwaltpartnerschaften mbB** beträgt mindestens 2,5 Mio. EUR pro Kopf für jeden Versicherungsfall (§ 51a Abs. 2 S. 1 BRAO, § 45a Abs. 2 S. 1 PAO). Die Leistungen des Versicherers für alle innerhalb eines Versicherungsjahres verursachten Schäden können auf den Betrag der Mindestversicherungssumme, vervielfacht mit der Zahl der Partner, begrenzt werden. Die Jahreshöchstleistung für alle in einem Versicherungsjahr verursachten Schäden muss sich allerdings mindestens auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherungssumme belaufen (§ 51a Abs. 2 S. 2 und S. 3 BRAO, § 45a Abs. 2 S. 2 und S. 3 PAO).

Für **Wirtschaftsprüferpartnerschaften mbB** verbleibt es bei der Regelung des § 54 Abs. 1 S. 2 WPO iVm § 323 Abs. 2 HGB (mindestens 1 Mio. EUR).¹⁹

Der Regierungsentwurf sah noch vor, dass für **Steuerberaterpartnerschaften mbB** keine erhöhte Versicherungssumme festgeschrieben werden sollte. Diese hätten folglich nach der allgemeinen Pflicht des § 67 Abs. 1 StBerG lediglich eine angemessene Versicherung bereithalten müssen. Der Regelungsvorschlag ist auf Kritik gestoßen, denn er hätte die Gefahr begründet, dass das Haftungsprivileg nicht greift, wenn später in einem Haftungsprozess festgestellt wird, dass das Kriterium der „Angemessenheit“ nicht erfüllt ist.²⁰ Aufgrund der Beschlussempfehlung und des Berichts des Rechtsausschusses erfolgte daher eine Änderung. Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung für in den Anwendungsbereich des StBerG fallende Partnerschaftsgesellschaften mbB ist nun der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme von 1 Mio. EUR (§ 67 Abs. 2 S. 1 StBerG). Dadurch wird die dargestellte Rechtsunsicherheit über den Bestand der Haftungsbeschränkung verhindert.²¹

Das Gesetz sieht keine einheitliche Mindestversicherungssumme für **interprofessionelle Partnerschaften** vor. Es ist davon auszugehen, dass sich die Versicherungssumme in diesem Fall für alle Partner nach den Anforderungen an den jeweils am höchsten zu versichernden Partner richtet.

¹³ Seibert DB 2013, 1710 (1711).

¹⁴ OFD Nordrhein-Westfalen 12. 12. 2013, Kurzinformation ESt Nr. 30/2013, BeckVerW 281621.

¹⁵ BT-Drs. 17/10487, 16; Römermann/Praß NZG 2012, 601 (608); Leuring NZG 2013, 1001 (1004); Wälzholz DStR 2013, 2637 (2638); Römermann/Römermann PartGG § 8 Rn. 119; aA Klose GmbHR 2013, 1191; Lieder NotBZ 2014, 81 (86f.).

¹⁶ Seibert DB 2013, 1710 (1712).

¹⁷ BT-Drs. 17/10487, 14; Lieder NotBZ 2014, 81 (87).

¹⁸ Römermann/Jähne BB 2015, 579 (580).

¹⁹ Weiterführend Dahms NJW-Spezial 2012, 190f.

²⁰ Hierzu Römermann/Praß NZG 2012, 601 (604); Posegga DStR 2012, 611 (614); Gladys DStR 2012, 2249; Römermann/Römermann PartGG § 8 Rn. 72.

²¹ Seibert DB 2013, 1710 (1712).

chernden Beruf zu richten hat und somit die höchste Mindestversicherungsregelung Anwendung findet.²²

- 12 Bei der **Anmeldung der Partnerschaft zum Partnerschaftsregister** ist eine Versicherungsbescheinigung gemäß § 113 Abs. 2 VVG vorzulegen (§ 4 Abs. 3 PartGG). Die **Prüfungspflicht der Notare und des Registergerichts** wird sich in diesem Zusammenhang auf die Fragen beschränken, ob es sich um eine „durch Gesetz vorgegebene Berufshaftpflichtversicherung“ handelt und ob die vereinbarte Versicherungssumme den gesetzlichen Vorgaben entspricht. Eine Prüfung der Angemessenheit der Versicherung oder gar der erfolgten Prämienzahlung hat nach zutreffender Ansicht nicht zu erfolgen.²³
- 13 Der Name der Partnerschaft muss den **Rechtsformzusatz „mit beschränkter Berufshaftung“** enthalten. Der Zusatz kann als „mbB“ oder in allgemein verständlicher Weise abgekürzt werden (§ 8 Abs. 4 S. 3 PartGG). Anstelle der Namenszusätze nach § 2 Abs. 1 S. 1 PartGG kann der Name der Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung den Zusatz „Part“ oder PartG“ enthalten (§ 8 Abs. 4 S. 3 Hs. 2 PartGG), so dass künftig die Abkürzung „PartG mbB“ oder „Part mbB“ möglich ist. Anders als noch im Regierungsentwurf vorgesehen, handelt es sich bei diesen Vorgaben nicht um eine Bedingung für das Eingreifen der Haftungsbeschränkung, sondern um eine reine Firmenvorschrift.²⁴ Gemäß § 7 Abs. 5 PartGG iVm § 125a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 HGB muss der Namenszusatz bzw. die Abkürzung auch auf den Geschäftsbriefen verwendet werden.²⁵
- 14 Die Beschränkung der Berufshaftung ist aus dem im Namen der Partnerschaft enthaltenen Zusatz, der als Namensbestandteil im **Partnerschaftsregister**, dort in Spalte 2 Unter­spalte a (§ 5 Abs. 2 PRV – Verordnung über die Einrichtung und Führung des Partnerschaftsregisters, Partnerschaftsregisterverordnung) eingetragen ist, ersichtlich. In Spalte 4 des Partnerschaftsregisters wird die Rechtsform (§ 5 Abs. 4 S. 1 PRV), mithin „Partnerschaft“ – ohne den Zusatz „mit beschränkter Berufshaftung“ – eingetragen.²⁶

Hinweis:

Die Führung der Bezeichnung als „PartG mbH“ ist unzulässig, weil dies auf eine Haftungsbeschränkung für sämtliche Verbindlichkeiten hindeutet.²⁷

- 15 **d) Entstehung der Partnerschaftsgesellschaft mbB.** Eine Partnerschaftsgesellschaft mbB kann im Wege der **Neugründung** entstehen. Es kann aber auch eine bestehende Partnerschaft im Wege eines identitätswahrenden Rechtsformwechsels außerhalb des UmwG in eine Partnerschaftsgesellschaft mbB „umgewandelt“ werden. Hierfür muss sie lediglich gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG eine Berufshaftpflichtversicherung abschließen und unterhalten (→ Rn. 7 ff.).
- 16 Da der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung iSd § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG von besonderer Bedeutung für jeden Partner ist, handelt es sich um ein außergewöhnliches Geschäft. Der Beschluss bedarf daher – sofern der Partnerschaftsvertrag keine Mehrheitsentscheidungen über die Vornahme außergewöhnlicher Geschäfte zulässt – im Grundsatz der Zustimmung aller Partner.²⁸ Der Partnerschaftsvertrag ist hinsichtlich des Namens zu

²² Vgl. OLG Hamm NZBau 2016, 38 (39); *Römermann/Praß* NZG 2012, 601 (605); *Schüppen* BB 2012, 783 (786); *Leuring* NZG 2013, 1001 (1003); BT-Drs. 17/13944, 21; *Gladys* DStR 2014, 445; *Zimmermann* NJW 2014, 1142 (1144f.); *Lieder* NotBZ 2014, 81 (87); *Römermann/Römermann* PartGG § 8 Rn. 98; kritisch *Römermann/Jähne* BB 2015, 579 (581).

²³ *Seibert* DB 2013, 1710 (1713).

²⁴ *Römermann/Römermann* PartGG § 8 Rn. 75.

²⁵ Bei Partnerschaften mbB, an denen Rechtsanwälte beteiligt sind, ist zudem § 10 BORA zu beachten, vgl. *Feuerich/Weyland/Briggemann* PartGG § 7 Rn. 10.

²⁶ OLG Nürnberg DNotZ 2014, 468.

²⁷ BT-Drs. 17/10487, 14.

²⁸ *Sommer/Treptow* NJW 2013, 3269 (3270); *Leuring* NZG 2013, 1001 (1005); *Lieder* NotBZ 2014, 128 (132).

ändern. Zugleich sollte eine Anpassung des Partnerschaftsvertrags zum Innenregress und zu § 735 BGB erfolgen (→ Rn. 17).²⁹ Der Haftungsbeschränkungszusatz im Namen der Partnerschaft ist beim Partnerschaftsregister anzumelden und der Abschluss der Berufshaftpflichtversicherung muss durch Vorlage einer Versicherungsbescheinigung gemäß § 113 Abs. 2 VVG nachgewiesen werden (§ 4 Abs. 3 PartGG). Erst wenn die Eintragung in das Partnerschaftsregister erfolgt ist, können sich die Partner gegenüber Dritten auf die Haftungsbeschränkung berufen (§ 5 Abs. 2 PartGG iVm § 15 Abs. 1 HGB).³⁰

Hinweis:

Für den handelnden Partner besteht die Gefahr einer Innenhaftung in Höhe der Differenz zwischen Mindestversicherungssumme und tatsächlichem Schadensbetrag. Zum einen kann ein Regressanspruch der Partnerschaftsgesellschaft gegen den pflichtwidrig handelnden Partner nach § 280 Abs. 1 BGB und den Maßstäben der *diligentia quam in suis* bestehen. Denn die schuldhaft Verursachung eines Schadensfalles der Partnerschaftsgesellschaft stellt eine Verletzung der Pflichten aus dem Partnerschaftsvertrag dar.³¹ Das gleiche Problem stellt sich mit Blick auf Nachschussansprüche gemäß § 1 Abs. 4 PartGG iVm § 735 BGB für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters oder der Liquidation der Partnerschaftsgesellschaft. Gläubiger der Gesellschaft, deren Ansprüche nicht oder nicht vollständig durch die Berufshaftpflichtversicherung befriedigt werden, können die Nachschussansprüche der Gesellschaft pfänden und sich überweisen lassen (§§ 829, 835 ZPO). Vor diesem Hintergrund sollte der Partnerschaftsvertrag eine Regelung enthalten, welche die Frage des Innenregresses und die Problematik der Nachschusspflicht abdeckt.³²

Formulierungsbeispiel: Innenregress und Liquidationsnachschuss³³

Verursacht ein Partner einen Berufshaftpflichtfall, für den nach § 8 Abs. 4 PartGG nur das Vermögen der Gesellschaft haftet, so sind Rückgriffsansprüche der Partnerschaft gegen den Partner ausgeschlossen – außer bei vorsätzlichem Handeln des Partners. Nachschusspflichten iSd § 735 BGB aus Anlass der Liquidation der Gesellschaft, der Insolvenz der Gesellschaft oder aus Anlass des Ausscheidens eines Partners aus der Gesellschaft sind ausgeschlossen, soweit der Verlust auf einem Berufshaftpflichtfall beruht, für den nach § 8 Abs. 4 PartGG nur das Vermögen der Partnerschaft haftet.

17



II. Wesensmerkmale der Partnerschaftsgesellschaft

Die Partnerschaftsgesellschaft stellt eine **rechtsfähige Personengesellschaft** dar. Dies gilt, 18 trotz der Haftungsbeschränkung gemäß § 8 Abs. 4 PartGG, auch für die Partnerschaftsgesellschaft mbB, da sie lediglich eine Rechtsformvariante der Partnerschaft darstellt (→ Rn. 3).³⁴ Das PartGG verweist an zahlreichen Stellen auf das Recht der OHG, obwohl die Partnerschaftsgesellschaft kein Handelsgewerbe ausübt (§ 1 Abs. 1 S. 2 PartGG).

Die Partnerschaftsgesellschaft ist **Trägerin von Rechten und Pflichten** (§ 7 Abs. 2 19 PartGG iVm § 124 Abs. 1 HGB). Sie ist insbesondere Trägerin ihres Gesellschaftsvermö-

²⁹ Wälzholz DStR 2013, 2637 (2641).

³⁰ Römermann/Römermann PartGG § 8 Rn. 80.

³¹ Wälzholz DStR 2013, 2637 (2638); Lieder NotBZ 2014, 81 (83f.); v. Klitzing/Seiffert ZIP 2015, 2401 (2406f.).

³² Wälzholz DStR 2013, 2637 (2639); Seibert DB 2013, 1710 (1713); Sommer/Treptow NJW 2013, 3269 (3274); Wertenbruch NZG 2013, 1006; Lieder NotBZ 2014, 81 (83); Römermann/Jähne BB 2015, 579 (582).

³³ Wälzholz DStR 2013, 2637 (2639).

³⁴ Römermann/Römermann PartGG § 8 Rn. 79.

gens und besitzt im Außenverhältnis weitgehend die Selbständigkeit einer juristischen Person.

- 20 Die Partnerschaftsgesellschaft kann Partei von Unternehmensverträgen und grundsätzlich auch Mitglied anderer Gesellschaften sein, sofern dies nicht gesetzlich ausgeschlossen ist.³⁵ Sie kann allerdings gemäß § 59e Abs. 1 S. 1 BRAO nicht Gesellschafterin einer Rechtsanwalts-gesellschaft sein.³⁶ Die Partnerschaft kann Grundbesitz erwerben und selbst im Grundbuch eingetragen werden. Schließlich ist die Partnerschaftsgesellschaft **parteifähig**. Sie kann unter ihrem Namen klagen und verklagt werden. Durch § 7 Abs. 4 PartGG wird der Partnerschaft als solcher zudem die Fähigkeit zuerkannt, prozessuale Handlungen in allen Verfahrensordnungen wirksam vornehmen zu können.³⁷ In das Partnerschaftsvermögen kann vollstreckt werden. Für die Zwangsvollstreckung ist ein Titel gegen die Gesellschaft und nicht nur ein solcher gegen die einzelnen Partner erforderlich (§ 7 Abs. 2 PartGG iVm § 124 Abs. 2 HGB).

III. Kriterien der Rechtsformwahl

- 21 Da Angehörige freier Berufe kein Handelsgewerbe iSd § 1 HGB betreiben, stehen ihnen die Personengesellschaften des Handelsrechts als Form des Zusammenschlusses grundsätzlich nicht zur Verfügung. § 49 Abs. 2 StBerG enthält insoweit eine spezialgesetzliche Regelung, nach der Steuerberatungsgesellschaften als Personenhandelsgesellschaften bereits dann im Handelsregister eingetragen werden können, wenn sie nach ihrem Gesellschaftszweck darauf ausgerichtet sind, neben der sie prägenden geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuersachen (§ 1 Abs. 1, Abs. 2 iVm § 3 Nr. 3 StBerG) auch die ihnen berufsrechtlich nach § 57 Abs. 3 Nr. 3 iVm § 72 StBerG gestattete Treuhandtätigkeit ausüben (zur Zulässigkeit der Wirtschaftsprüfer-Personenhandelsgesellschaften, vgl. § 27 Abs. 2 WPO).³⁸ Für Rechtsanwälte ist indes höchstrichterlich entschieden, dass sie sich nicht in der Rechtsform einer Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG zusammenschließen können.³⁹

1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

- 22 Die GbR ist als Kooperationsform bei Freiberuflern sehr verbreitet (→ § 2 Rn. 390 ff.). Die **Vorteile einer GbR** liegen zunächst in der unproblematischen Gründung und in der Flexibilität der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags. Eine Registrierung ist nicht erforderlich.
- 23 Die fehlende Registerpublizität kann jedoch zugleich einen entscheidenden **Nachteil** darstellen, da der Nachweis der Existenz und der Vertretung der Gesellschaft zu Schwierigkeiten führen kann. Hingegen eröffnet das Partnerschaftsregister der Gesellschaft insoweit einen einfachen Nachweis. Ein weiterer Vorteil der Partnerschaft gegenüber der GbR ist die Möglichkeit einer Haftungskonzentration für fehlerhafte Berufsausübung auf den „befassten Partner“, wie dies das Recht der Partnerschaft in § 8 Abs. 2 PartGG vorsieht

³⁵ Vgl. K. Schmidt ZIP 1994, 1741 (1742).

³⁶ BGH NJW 2017, 1681; dazu *Hospach/Bandtel-Weis* NZG 2017, 1331; *Henssler* NJW 2017, 1644; *Dahns* NJW-Spezial 2019, 126.

³⁷ Weiterführend *Feuerich/Weyland/Brüggemann* PartGG § 7 Rn. 8.

³⁸ Vgl. hierzu BGH NJW 2015, 61.

³⁹ BGH NZG 2011, 1063; die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde aufgrund formeller Mängel nicht angenommen, BVerfG NZG 2012, 343; weiterführend K. Schmidt DB 2011, 2477; *Henssler* NZG 2011, 1121; *Römermann* AnwBl. 2011, 750; *Dahns* NJW-Spezial 2012, 62; *Schüppen* BB 2012, 783 (785). Zur rechtspolitischen Diskussion über die Öffnung der KG und GmbH & Co. KG für Freiberufler vgl. *Lieder/Hoffmann* NZG 2017, 325 (333); *Westermann* NZG 2019, 1; *Wertenbruch* NZG 2019, 1081 (1083); *Römermann* BB 2019, 899 (900); der Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) spricht sich für eine Öffnung des Zugangs zu den ursprünglich dem Betrieb eines Handelsgewerbes vorbehaltenen kaufmännischen Rechtsformen der Personengesellschaft für freie Berufe aus, stellt diesen jedoch unter einen berufsrechtlichen Vorbehalt, vgl. BT-Drs. 19/27635, 3.

(→ Rn. 73), sowie die Möglichkeit der Beschränkung der Haftung für Berufsfehler auf das Gesellschaftsvermögen im Rahmen der Partnerschaftsgesellschaft mbB (→ Rn. 5 ff.). Eine vergleichbare Haftungsbeschränkung ist bei der GbR nicht zu erreichen. Es ist höchststrich-terlich entschieden, dass die Regelung des § 8 Abs. 2 PartGG nicht auf Sozietäten in der Rechtsform einer GbR übertragen werden kann, da es für eine solche Analogie bereits an einer Regelungslücke fehlt.⁴⁰ Bei der Rechtsformwahl ist ferner zu bedenken, dass sich bei einer Partnerschaftsgesellschaft die Nachhaftungsfrist eines ausscheidenden Gesellschafters auf fünf Jahre nach Eintragung des Ausscheidens im Partnerschaftsregister beschränkt, während es bei der GbR auf die individuelle Kenntnisnahme des jeweiligen Gläubigers vom Ausscheiden des Gesellschafters ankommt.⁴¹ Die Regelungen zum Innenverhältnis stellen kein wesentliches Entscheidungskriterium für die Wahl zwischen einer GbR und einer Partnerschaft dar, da beide Rechtsformen insoweit einen gesellschaftsvertraglichen Spielraum eröffnen.

2. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Die Rechtsform der GmbH steht zahlreichen freien Berufen als Berufsausübungsgemeinschaft zur Verfügung.⁴² Der entscheidende **Vorteil der GmbH** ist zweifellos der klare Haftungsausschluss der Gesellschafter. Anders als bei der Partnerschaft ist die Haftung grundsätzlich auf das Vermögen der Gesellschaft begrenzt (§ 13 Abs. 2 GmbHG), während § 8 Abs. 2, Abs. 4 PartGG unter bestimmten Voraussetzungen nur die Haftung wegen fehlerhafter Berufsausübung einschränkt (→ Rn. 5). Ein weiterer Vorteil der GmbH kann darin gesehen werden, dass gesellschaftsfremde Dritte als Geschäftsführer eingesetzt werden können. Bei der Partnerschaft stellt hingegen der Grundsatz der Selbstorganschaft das prägende Element dar (→ Rn. 68). Daneben können für die Rechtsform der GmbH die Möglichkeit der Einmann-Gründung und die Beteiligung juristischer Personen und beauftragter Dritte sprechen.

Die Belastung der GmbH mit der Rechnungslegungs- und Publizitätspflicht (§§ 238, 264 HGB) kann hingegen als **nachteilig** empfunden werden. Auch sollten erhöhte Prämien der Berufshaftpflichtversicherung, die bei der Gründung einer GmbH entstehen können, und das Erfordernis eines etwaigen Zulassungsverfahrens der zuständigen Berufskammer bei der Rechtsformwahl berücksichtigt werden.⁴³ Die GmbH ist ferner gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG körperschaftsteuerpflichtig und anders als die Partnerschaft unabhängig von ihrer Tätigkeit kraft Rechtsform gewerbsteuerpflichtig (§ 2 Abs. 2 GewStG). Des Weiteren sollte bedacht werden, dass für die Partnerschaftsgesellschaft eine vereinfachte Gewinnermittlung gemäß § 4 Abs. 3 EStG genügt.⁴⁴ Das Mindestkapital nach § 5 Abs. 1 GmbHG dürfte hingegen bei der Rechtswahl regelmäßig nicht maßgeblich sein, da auch die Möglichkeit der Gründung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) besteht.

⁴⁰ BGH NJW 2012, 2435 (2442).

⁴¹ BGH NZG 2007, 941 (942); MüKoBGB/Schäfer BGB § 736 Rn. 27; Henssler/Michel NZG 2012, 401 (409).

⁴² Für Rechtsanwälte ist diese Möglichkeit in §§ 59c ff. BRAO bzw. §§ 52c ff. PAO normiert; grundlegend hierzu bereits BayObLG NJW 1995, 199. Zur Möglichkeit der Gründung einer GmbH für Steuerberater vgl. §§ 49 ff. StBerG. Der BGH hat zudem die Gründung einer Zahnbehandlungs-GmbH für zulässig erklärt, BGH NJW 1994, 786; hierzu auch v. Klitzing/Seiffert ZIP 2015, 2401 (2402). Apotheker dürfen hingegen gemäß § 8 ApoG keine GmbH gründen. Weiterführend zur Zulässigkeit der ärztlichen Betätigung in Form der juristischen Person Henssler PartGG Einf. Rn. 43 f.; die Eintragungsfähigkeit einer tierärztlichen Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) in das Handelsregister verneinend OLG München NZG 2015, 401.

⁴³ So muss die Rechtsanwalts-GmbH durch die zuständige Rechtsanwaltskammer zugelassen werden und es ist gemäß § 59j Abs. 1, Abs. 2 BRAO eine Haftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme von 2,5 Mio. EUR für jeden Versicherungsfall abzuschließen.

⁴⁴ Hierzu Kamps/Wöllweber DStR 2009, 1870 (1873).

3. Aktiengesellschaft

- 26 Ebenso wie bei der GmbH stellt die Haftung ausschließlich mit dem Gesellschaftsvermögen wohl den entscheidenden Vorteil der AG dar. Allerdings ist bei der Rechtsformwahl das aufwendigere Gründungsverfahren sowie der Grundsatz der Satzungsstrenge aus § 23 Abs. 5 AktG zu berücksichtigen.⁴⁵ Auch das Mindestkapitalerfordernis des § 7 AktG könnte als Hindernis empfunden werden. Schließlich sind die im Rahmen der GmbH dargestellten Nachteile im Vergleich zur Partnerschaft auch an dieser Stelle zu berücksichtigen.

4. Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung

- 27 Gemäß Art. 3 Abs. 1 EWIV-VO darf Ziel der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) nicht die Gewinnerzielungsabsicht sein, demzufolge scheidet die supranationale Rechtsform als Zusammenschluss von Freiberuflern aus.

5. Limited Liability Partnership

- 28 Aufgrund der grundlegenden Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit (Art. 49 und 54 AEUV) sind Gesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates wirksam gegründet wurden, von den anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen.⁴⁶ Freiberufler können daher eine Gesellschaft mit Satzungssitz im Ausland gründen und sodann den Verwaltungssitz nach Deutschland verlegen bzw. eine Zweigniederlassung in Deutschland errichten. Für die Limited Liability Partnership (LLP) des US-amerikanischen Rechts sind diese Möglichkeiten aufgrund des Art. XXV Abs. 5 des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags vom 29. 10. 1954⁴⁷ eröffnet, nachdem in einem Staat der USA errichtete Gesellschaften in Deutschland auf der Basis der Gründungstheorie anzuerkennen sind.⁴⁸ Als **Vorteil der LLP** wird aufgeführt, dass es sich um eine „hybride Gesellschaftsform“ handelt, also um eine steuerlich privilegierte Personengesellschaft, bei der die Haftung auf das Vermögen der Gesellschaft beschränkt ist.⁴⁹ Zudem bestehen bei der LLP keine strengen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln.⁵⁰
- 29 Gemäß §§ 13d ff. HGB ist die Zweigniederlassung der LLP in Deutschland einzutragen.⁵¹ Es besteht eine **Eintragungspflicht**, die ggf. gemäß § 14 HGB durchgesetzt werden kann. Dies gilt im Gefolge der Überseering-Entscheidungen des EuGH und des BGH auch dann, wenn die ausländische Gesellschaft in Deutschland nicht lediglich eine Zweigniederlassung, sondern ihre Hauptniederlassung hat. In diesem Fall wird die Anmeldungspflicht für die Zweigniederlassung „erst recht“ auf die Hauptniederlassung der nach ausländischem Recht konstituierten Gesellschaft bezogen. Nicht unumstritten ist die Frage, ob die inländische Zweigniederlassung einer englischen LLP in Deutschland im Handelsregister einzutragen ist oder ob die Eintragung im Partnerschaftsregister erfolgt.⁵²
- 30 Trotz der dargestellten Vorteile der LLP darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Wahl dieser Rechtsform mit zahlreichen **Risiken** verbunden ist.⁵³ Denn ob bei der Be-

⁴⁵ Der BGH hat bereits mit Beschl. v. 10. 1. 2005 (NJW 2005, 1568) zur Zulässigkeit der Rechtsanwalts-AG Stellung bezogen und diese unter Berufung auf Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG bejaht; weiterführend *Döge ZIP* 2019, 596.

⁴⁶ EuGH NJW 2003, 3331 – Inspire Art; NJW 1999, 2027 – Centros; NJW 2002, 3614 – Überseering.

⁴⁷ BGBl. 1956 II 487.

⁴⁸ BGH NJW-RR 2002, 1359; BB 2003, 810 mAnm *Kindler*; OLG Celle WM 1992, 1703; OLG Düsseldorf WM 1995, 808; BGH NJW-RR 2013, 487; *Ebenroth/Bippus* NJW 1988, 2137.

⁴⁹ Vgl. *Triebel/Sihny* NJW 2008, 1034; *Schlinker* NJW 2011, 2091 (2093); *Hellwig* NJW 2011, 1557; weiterführend *Weller/Kienle* DStR 2005, 1060; *Römermann/Jähne* BB 2015, 579; *Kühn*, PartGmbH und UK-LLP als hybride Gesellschaftsformen, 2017.

⁵⁰ *Triebel/Otte/Kimpel* BB 2005, 1233 (1239); *Hartung/Bargon* AnwBl. 2011, 84; *Hellwig* NJW 2011, 1557 f.

⁵¹ *Henssler/Mansel* NJW 2007, 1393 (1399); *Seibert* DB 2013, 1710 (1714); aA *Triebel/Otte/Kimpel* BB 2005, 1233 (1235).

⁵² Hierzu *Weller/Kienle* DStR 2005, 1060 (1064); *dies.* DStR 2005, 1102 (1103 f.).

⁵³ Vgl. *Kraft* ZNotP 2013, 242 (244 f.); *Lieder* NotBZ 2014, 81 (82).