

Die PartGmbH – großer Wurf oder (zu) kleine Lösung?

Die Antwort „made in Germany“ auf die angelsächsische LLP – eine erste Bilanz*

Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

Das am 19. Juli 2013 in Kraft getretene Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartGmbH) bietet den rechts- und wirtschaftsberatenden Freien Berufen eine neue Kombination aus Haftungsbeschränkung für Berufsfehler und transparenter Besteuerung in der Personengesellschaft. Diese „deutsche Antwort auf die LLP“ ist im Ansatz zu begrüßen, wirft allerdings im Detail einige Zweifelsfragen auf. Der Autor zieht eine erste Bilanz der neuen Variante der Partnerschaftsgesellschaft und gibt zugleich Tipps für die Praxis, was bei der Wahl der PartGmbH zu beachten ist.

I. Einführung

Kurz vor Ende der vergangenen Legislaturperiode hat sich der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages doch noch dazu aufgerafft, dem Bundestag die Einführung der PartGmbH zu empfehlen. Das vom Bundesjustizministerium im Februar 2012 mit dem Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte und Steuerberater“ angestoßene Reformprojekt konnte daraufhin doch noch zum Abschluss gebracht werden.¹ Trotz koalitionsinterner Kritik und gegen den geschlossenen Widerstand der Opposition wird nunmehr der angelsächsische LLP mit einer Antwort „made in Germany“ begegnet. Die neue Gesellschaftsform ermöglicht vorerst nur Rechtsanwälten, Patentanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern eine deutlich risikominimierte Berufsausübung. Voraussetzung ist die Bereitschaft, die Prämien für eine gegenüber der allgemeinen Mindestversicherung deutlich erhöhte Berufshaftpflichtversicherung aufzubringen. Für Wirtschaftskanzleien stellt dies kein Problem dar, kleinere Zusammenschlüsse werden sich den Wechsel gründlich überlegen. Aus Gläubigersicht dürften die Vorteile jedenfalls bei den rechts- und steuerberatenden Berufen überwiegen, stellt doch die Mindestversicherungssumme von 1 Mio. bis 2,5 Mio. Euro im Regelfall sicher, dass sich die Mandanten eines leistungsfähigen Anspruchsgegners bei Berufspflichtverletzungen sicher sein können.

Die neue Rechtsform kann als Meilenstein in der Geschichte des deutschen Gesellschaftsrechts gewertet werden: Erstmals wird nämlich einem deutschen Unternehmer ermöglicht, mit Wahl einer Rechtsform kombiniert die Vorteile von transparenter Besteuerung als Personengesellschaft, Gewerbesteuerfreiheit und vollständigem Ausschluss der

persönlichen Haftung für eigene Berufsfehler zu realisieren. Die PartGmbH ist also eine echte „Wünsch dir was“-Gesellschaft. Auch wenn es manches zu bemängeln geben mag, so gilt für die „Minireform“ des Gesellschaftsrechts doch: „Besser als nichts“. Die Vertreter der Gegenthese: „Gar keine Reform wäre besser gewesen“ sollten berücksichtigen, dass der Regelungsverzicht des Gesetzgebers den Anreiz zur Wahl der LLP weiter erhöht hatte. Auch wenn es bislang, wie von den Kritikern der Neuregelung betont, nur eine überschaubare Zahl an LLP gibt, so haben doch zahlreiche mittelständische Kanzleien, die mit ihrer Rechtsform unzufrieden sind, sehr genau den Ausgang des Gesetzgebungsverfahrens beobachtet. Sie hätten ein Scheitern der Gesetzesinitiative zum Anlass genommen, sich enttäuscht vom deutschen Gesellschaftsrecht nun doch der LLP zuzuwenden.

II. Eckdaten und Besonderheiten der PartGmbH

1. Eckdaten zum neuen § 8 Abs. 4 PartGG

Die PartGmbH ist keine völlig neue Rechtsform, sondern lediglich eine Variante der Partnerschaft mit teilweise modifiziertem Haftungsregime und besonderem Namen.² Der Gesetzgeber war erkennbar bemüht, die Änderungen am PartGG auf das Nötigste zu beschränken.

Herzstück der Reform ist der neue § 8 Abs. 4 PartGG. Die Vorschrift legt Voraussetzungen und Umfang der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen fest, verweist für den Schutz der Haftungsgläubiger auf die versicherungsvertragsrechtlichen Vorschriften zur Pflichtversicherung (§§ 113 ff. VVG) und macht Vorgaben zur Namensgebung.

a) Vollständiger Ausschluss der persönlichen Gesellschafterhaftung

aa) Haftpflichtversicherung als Voraussetzung

Einzige Voraussetzung für die gesetzliche Haftungsbeschränkung ist nach § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG, dass die Partnerschaft eine zu diesem Zweck durch Gesetz³ vorgegebene Berufshaftpflichtversicherung unterhält. Es bedarf also einer ausdrücklichen Regelung im jeweiligen Berufsrecht, die sich speziell auf die PartGmbH bezieht⁴ und die Anforderungen an die Versicherung festlegt.

* Schriftliche und um Fußnoten ergänzte Fassung des Vortrages auf dem Sozietätsrechtstag 2013 des Instituts für Anwaltsrechts an der Universität zu Köln am 8. November 2013.

¹ Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer v. 15.7.2013, BGBl. I S. 2386. Ausführlich zur Entstehungsgeschichte Hellwig AnWBl 2012, 345 f.; Römermann NJW 2013, 2305 (2306).

² Vgl. Begründung RegE, BT-Drucks. 17/10487 S. 15.

³ Gemeint ist offenbar ein förmliches (Parlaments-)Gesetz, so dass Berufsordnungen in Form von Kammersatzungen ausscheiden, s. Seibert DB 2013, 1710 (1711); a.A. mit Blick auf Art. 2 EGBGB Träger/Pfaffinger JZ 2013, 812 (814 Fn. 33).

⁴ Eine allgemeine Versicherungspflicht für Berufsausübungsgemeinschaften reicht nicht aus, vgl. Seibert DB 2013, 1710 (1712); a.A. wohl Kilian MDR 2013, 1137 (1140).

Zeitgleich mit der Änderung des PartGG sind entsprechende Vorschriften für Rechts- und Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in Kraft getreten. Die Mindestversicherungssumme pro Versicherungsfall beträgt für Rechts- und Patentanwälte 2,5 Mio.,⁵ für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater 1 Mio. Euro.⁶ Die Jahreshöchstleistung kann bei Rechts- und Patentanwälten sowie bei Steuerberatern auf den mit der Anzahl der Partner multiplizierten Betrag der Mindestsumme begrenzt werden,⁷ bei Wirtschaftsprüfern ist eine solche Deckelung hingegen unzulässig. Für interprofessionelle Partnerschaften gilt – wie die Gesetzesbegründung ausdrücklich betont⁸ – der Grundsatz der Meistbelastung, so dass sich stets das Berufsrecht mit dem höchsten Versicherungsschutz durchsetzt.⁹

„Unterhalten“ wird die Versicherung, wenn der Vertrag abgeschlossen wurde und im Moment der schädigenden Handlung, das heißt des Berufsfehlers, auch Versicherungsschutz besteht.¹⁰ Wird die Versicherung gekündigt, lebt die persönliche Haftung nach § 8 Abs. 2 PartGG wieder auf.

bb) Erfasste Verbindlichkeiten

Der Haftungsausschluss erfasst alle Verbindlichkeiten der Partnerschaft aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung. Keinen Schutz bietet er demnach vor unmittelbaren persönlichen Verbindlichkeiten der Partner, etwa aus Einzelmandaten oder aus Delikt.¹¹ Unter „Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung“ ist derselbe Bereich zu verstehen, für den bei der klassischen Partnerschaft die Haftungskonzentration nach § 8 Abs. 2 PartGG gilt.¹² Die Beschränkung greift also nur bei Schadensersatzforderungen im Zusammenhang mit der freiberuflichen Tätigkeit, nicht dagegen bei sonstigen Verbindlichkeiten etwa aus Miet-, Darlehens-, Arbeits- oder Versicherungsverträgen.¹³ Für letztere bleibt es bei der gesamtschuldnerischen Haftung sämtlicher Partner gem. § 8 Abs. 1 S. 1 PartGG.

cc) Enthftungswirkung

Sind die Voraussetzungen von § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG erfüllt, haftet kraft gesellschaftsrechtlicher Anordnung ausschließlich die Partnerschaft mit ihrem Vermögen. Hierin liegt ein ganz wesentlicher Fortschritt gegenüber der bisherigen Haftungskonzentration: Zum einen erübrigt sich die Frage, welcher Partner mit der Bearbeitung des Auftrags befasst war, so dass der bisher auch aus Mandantensicht eher kontraproduktive Anreiz entfällt, eine Angelegenheit auf die Schultern möglichst weniger Partner zu verteilen, und einer echten Teamarbeit nichts mehr im Weg steht.¹⁴ Gelöst ist damit zum anderen auch das Problem der Haftung neu eintretender Partner für „Sünden der Vergangenheit“, wenn sie ein laufendes Mandat übernehmen.¹⁵

Die Haftungsbeschränkung greift auch dann ein, wenn im konkreten Fall die Versicherung nicht zu leisten braucht, etwa weil die Haftsumme überschritten ist oder der Schaden vorsätzlich herbeigeführt wurde.¹⁶ Dadurch entstehen naturgemäß Schutzlücken, soweit die berufsrechtlichen Vorschriften Höchstsummen und Risikoausschlüsse zulassen und sich die Partnerschaft mit dem gesetzlichen Minimum zufriedengibt. In solchen Fällen kann sich der Gläubiger lediglich an das Gesellschaftsvermögen halten, welches aber mangels Kapitalaufbringungs- oder Erhaltungsvorschriften kaum Sicherheit bietet.

Der Gesetzgeber nimmt es so grundsätzlich in Kauf, dass die Berufshaftungsgläubiger in Extremfällen leer ausgehen,

versucht jedoch, mit den Mitteln des Versicherungsrechts gegenzusteuern: Um einige Unbilligkeiten zu vermeiden, erklärt der auf Initiative des Rechtsausschusses eingefügte¹⁷ § 8 Abs. 4 S. 2 PartGG die Vorschriften des VVG über die Pflichtversicherung (§§ 113 Abs. 3, 114-124) für entsprechend anwendbar und stärkt damit die Stellung des Geschädigten gegenüber der „gewöhnlichen“ Haftpflichtversicherung. Wichtigste Folge ist, dass Pflicht- oder Obliegenheitsverletzungen der Partnerschaft, wie etwa die fehlende Prämienzahlung (§§ 37, 38 VVG) oder die Nichtanzeige des Schadensfalls entgegen § 104 VVG, nicht zulasten des Mandanten gehen. In solchen Fällen entfällt zwar die Leistungspflicht des Versicherers im Innenverhältnis, sie wird nach § 117 Abs. 1 VVG jedoch in Ansehung des Geschädigten aufrechterhalten. Der Mandant kann also den (fingierten) Befreiungsanspruch der Partnerschaft pfänden und sich überweisen lassen.¹⁸ Anschließend wird der Versicherer bei der Partnerschaft Regress nehmen.

b) Namenszusatz

Um im Rechtsverkehr eine eindeutige Abgrenzung von der Partnerschaft mit „normaler“ Haftungsverfassung sicherzustellen und (potentiellen) Vertragspartnern die beschriebenen Ausfallrisiken vor Augen zu führen, verlangt § 8 Abs. 4 S. 3 PartGG, dass der Name der Partnerschaft den Zusatz „mit beschränkter Berufshaftung“, die Abkürzung „mbB“ oder eine andere allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthält. Ausdrücklich zulässig ist hierbei auch die Verwendung der Kurzformen „Part“ oder „PartG“¹⁹ (also etwa „PartmbB“ oder „PartG mbB“, je nach Geschmack mit oder ohne Leerzeichen). Von anderen als der im Gesetz genannten Abkürzung sollte vorerst vorsichtshalber Abstand genommen werden. Ungeeignet ist insbesondere das Kürzel „mbH“, das wegen der Gefahr einer Täuschung über den Umfang der Haftungsbeschränkung im Gesetzgebungsverfahren verworfen wurde.²⁰ Der Namenszusatz muss auch auf Geschäftsbriefen der Partnerschaft angegeben werden (§ 7 Abs. 5 PartGG i. V. m. § 125a HGB).

5 § 51a Abs. 2 S. 1 BRAO; § 45a Abs. 2 S. 1 PAO.

6 § 67 Abs. 2 S. 1 StBerG; § 54 Abs. 1 S. 1, 2 WPO i. V. m. § 323 Abs. 2 S. 1 HGB.

7 § 51a Abs. 2 S. 2, 3 BRAO; § 45a Abs. 2 S. 2, 3 PAO; § 67 Abs. 2 S. 2, 3 StBerG. Sie muss allerdings mindestens das Vierfache betragen.

8 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/13944 S. 21.

9 Praktische Beispiele (allerdings noch zum RegE) bei Gladys DStR 2012, 2249 (2252).

10 Begründung RegE, BT-Drucks. 17/10487 S. 14.

11 Begründung RegE, BT-Drucks. 17/10487 S. 14. Zu Regressfragen bei Deliktshaftung eines Partners s. Wertenbruch NZG 2013, 1006 (1008 f.).

12 Ebenso Kreße NJ 2013, 45 (49); Römermann/Praß NZG 2012, 601 (603); Römermann/Dibbelt HFR 2013, 38 (46); Tröger/Pfaffinger JZ 2013, 812 (814); Weinbeer Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2011, S. 367 (380).

13 Zur Abgrenzung ausführlich Henssler PartGG, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 55 ff.

14 Vgl. zur bezweckten Stärkung der Arbeit in größeren Teams Begründung RegE, BT-Drucks. 17/10487 S. 1, 11, 13.

15 Vgl. BGH NJW 2010, 1360 m. kritischer Anm. Henssler/Deckenbrock EWIR 2010, 89.

16 Begründung RegE, BT-Drucks. 17/10487 S. 14.

17 Vgl. den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/13944 S. 20.

18 Vgl. Knappmann in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, § 117 Rn. 1.

19 Jedenfalls die Abkürzung „PartG“ war nach wohl h.M. auch bisher schon für die Partnerschaft zulässig, s. nur Henssler PartGG (Fn. 13) § 2 Rn. 11. Auch wenn der Wortlaut des § 8 Abs. 4 S. 3 PartGG den Schluss nahelegt, dass sie nunmehr für die PartGmbH reserviert sein soll, wäre eine solche Deutung doch wenig sinnvoll, weshalb es überzeugender erscheint, die Vorschrift als (systematisch fehlplatzierte) Klarstellung zu begreifen, dass der Gesetzgeber diese Abkürzung generell als zur Kennzeichnung von Partnerschaften geeignet einstufte.

20 Begründung RegE, BT-Drucks. 17/10487 S. 14.

Anders als noch im Regierungsentwurf wurde in der endgültigen Gesetzesfassung ausweislich der Materialien darauf verzichtet, die Eintragung²¹ des Namenszusatzes als Bedingung für die Haftungsbeschränkung auszugestalten. Es soll sich vielmehr um eine „reine Firmenvorschrift“ handeln, die nicht mit der Haftungsbeschränkung verknüpft ist.²² Ihre Einhaltung ist jedoch dringend zu empfehlen, um firmenrechtlichen Sanktionen sowie einer etwaigen Rechtsscheinhafung des handelnden Partners zu entgehen (unten 3.c).

c) Wege in die PartGmbH

Etwas stiefmütterlich behandelt der Gesetzgeber die verschiedenen Zugangswege zur Partnerschaft mit neuer Haftungsverfassung. Mit § 4 Abs. 3 PartGG wurde lediglich eine Verfahrensregel geschaffen, wonach bei Anmeldung einer PartGmbH eine Versicherungsbescheinigung gem. § 113 Abs. 2 VVG eingereicht werden muss, welche unter Angabe der Versicherungssumme bestätigt, dass die gesetzlichen Mindestanforderungen erfüllt sind. Unmittelbare Anwendung findet diese Vorschrift nur bei Neugründung einer PartGmbH. Hier muss also nach Abschluss des schriftlichen Gesellschaftsvertrags zunächst für den Abschluss der Haftpflichtversicherung gesorgt werden, um die nötige Bescheinigung für die Anmeldung bereitzuhalten. Mit Eintragung entsteht die PartGmbH im Außenverhältnis (§ 7 Abs. 1 PartGG), zugleich greift der Ausschluss der persönlichen Gesellschafterhaftung.²³

Keine eindeutigen Verfahrensregeln sind für den praktisch wohl vorerst wichtigsten Fall vorgesehen, nämlich die „Aufrüstung“ der gewöhnlichen Partnerschaft zur PartGmbH. Hierbei handelt es sich weder um einen Formwechsel im Sinne der §§ 190 ff. UmwG noch überhaupt um einen Wechsel der Gesellschaftsform, sondern lediglich um eine Abänderung der Haftungsstruktur innerhalb derselben Gesellschaft.²⁴ Da die Haftungsbeschränkung unabhängig von der Namensgebung sein soll, genügt grundsätzlich der Abschluss des Versicherungsvertrags durch einen Vertretungsberechtigten.²⁵ In der Regel wird es zuvor einen förmlichen Beschluss der Gesellschafter geben, in dessen Vorfeld eine Abwägung von Kosten und Nutzen stattfindet. Ob dies auch erforderlich ist,²⁶ hängt jedoch vom Partnerschaftsvertrag ab; eine generelle Einordnung als zustimmungsbedürftiges Grundlagengeschäft²⁷ fällt schwer, da weder Rechte der Gesellschafter verkürzt werden noch ein Rechtsformwechsel stattfindet.²⁸ Praktisch wird allerdings stets eine Änderung des Partnerschaftsnamens vorgenommen werden, um nicht den Rechtsschein einer unbeschränkten Haftung zu erzeugen (unten 3.c). Hierzu bedarf es dann eines vertragsändernden Gesellschafterbeschlusses; die Namensänderung ist nach § 4 Abs. 1 S. 3 PartGG eintragungspflichtig. Bei der Anmeldung der Änderung dürfte § 4 Abs. 3 PartGG analog anzuwenden sein, so dass bei dieser Gelegenheit der Versicherungsschutz nachzuweisen ist.

Die nunmehr deutlich attraktivere Haftungsverfassung könnte auch einige der zahlreichen²⁹ bislang als GbR organisierten Sozietäten dazu bewegen, in die PartGmbH zu wechseln. Der Vorgang ist als identitätswahrender Rechtsformwechsel zu qualifizieren und unterliegt nicht dem UmwG, sondern erfolgt nach allgemeinen personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen ohne Vermögensübertragung oder Liquidation.³⁰ Das zu beachtende Verfahren ähnelt demjenigen bei Neugründung einer PartGmbH; an Stelle des Neuausschlusses eines Partnerschaftsvertrags tritt die Änderung

des GbR-Vertrags. Auch hier entsteht die Partnerschaft im Außenverhältnis erst mit ihrer Eintragung ins Register (§ 7 Abs. 1 PartGG).

Ob die steuerlichen Vorteile der PartGmbH auch einige Rechtsanwaltsgesellschaften mit beschränkter Haftung oder gar Rechtsanwalts-AGs zur Aufgabe ihrer vollständigen Haftungsbeschränkung bewegen werden, bleibt abzuwarten. Ihnen stünde der Formwechsel nach §§ 190 ff. UmwG³¹ offen. Schwieriger gestaltet sich die Rückkehr der „Abtrünnigen“, die sich bereits für die Flucht in die englische LLP entschieden haben: Ein grenzüberschreitender Formwechsel muss zwar nach der EuGH-Rechtsprechung („VALE“)³² ermöglicht werden, bleibt jedoch mangels Umsetzung im deutschen UmwG³³ ein unsicheres Unterfangen. Der DNotV empfiehlt bisweilen als Lösung, eine „leere“ PartGmbH zu gründen, die sich an der LLP beteiligt, um anschließend durch Austritt der übrigen Partner aus der LLP einen Vermögensübergang ohne Liquidation herbeizuführen („grenzüberschreitende Anwachsung“).³⁴

2. Praktikabilität – die Kosten

Ob sich die neue Variante der Partnerschaft durchsetzt, wird nicht zuletzt von einem Kostenvergleich abhängen. Zu vernachlässigen sind dabei die Kosten für die Registeranmeldung der Namensänderung, welche die Regierung auf ca. 140 Euro schätzt. Der entscheidende Punkt sind vielmehr die Versicherungsprämien, welche im Bereich der Anwaltschaft die erhöhten Deckungssummen sowie die Einstandspflicht des Versicherers bei vorsätzlicher Pflichtverletzung widerspiegeln werden. Nach der ursprünglichen Gesetzesbegründung sollten sich Mehrkosten von etwa 1.750 Euro im Jahr pro Anwalt ergeben.³⁵

Viele größere Kanzleien verfügen bereits jetzt auf freiwilliger Basis über einen Versicherungsschutz, der die bisherigen Minimalanforderungen weit übersteigt, so dass sich die Zusatzbelastung hier in Grenzen hielte.³⁶ Für kleinere Zusammenschlüsse könnte sich die Rechtsform allerdings finanziell als unattraktiv erweisen.

21 § 8 Abs. 4 Nr. 2 Hs. 1 PartGG-RegE sprach zwar – wie jetzt § 8 Abs. 4 S. 3 PartGG – auch nur davon, dass der Name der Partnerschaft den Zusatz „enthalten“ musste, damit war nach der Begründung (BT-Drucks. 17/10487 S. 17) jedoch die Eintragung gemeint.

22 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/13944 S. 20.

23 Zur Haftung in der „Vorpartnerschaft“, bei der es sich um eine GbR handelt, s. Hensler PartGG (Fn. 13) § 7 Rn. 11 ff.

24 Vgl. WPK Die wichtigsten Fragen und Antworten zur PartGmbH aus Sicht des WP/vBP (Stand: 26.7.2013), abrufbar unter www.wpk.de/service/partgmbb.asp, S. 2.

25 Für das Eingreifen der Haftungsbeschränkung *ex lege* unabhängig vom Willen der Gesellschafter *Leuering NZG* 2013, 1001 (1005).

26 Für ein Beschlusserfordernis, aber ohne Begründung *Pestke/Michel Stbg* 2013, 366 (371); *Uwer/Roeding AnwBl* 2013, 309 (311).

27 Zum Begriff s. *Schäfer* in: *MünchKommBGB*, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 709 BGB Rn. 10 f.

28 A. A. *Träger/Pfaffinger JZ* 2013, 812 (818). Etwas anderes gilt allerdings für den umgekehrten Fall, dass der Versicherungsvertrag gekündigt oder geändert wird mit der Wirkung, dass die Haftungsbeschränkung wieder entfällt.

29 Zur nach wie vor großen Verbreitung der GbR vgl. *Kilian AnwBl* 2012, 895 ff.

30 Vgl. *Hensler PartGG* (Fn. 13) § 1 Rn. 33.

31 Dabei sind die Sonderregeln nach §§ 200 Abs. 4, 228 Abs. 4 UmwG zu beachten.

32 EuGH NJW 2012, 2715 (Tz. 24 ff.).

33 Geregelt ist allein die grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung von Kapitalgesellschaften in den §§ 122a ff. UmwG.

34 DNotV Stellungnahme v. 14.3.2012, abrufbar unter www.dnotv.de/_files/Dokumente/Stellungnahmen/StellungnahmePartmbBendg.pdf, S. 3 ff.; vgl. auch *Vossius GmbHR* 2012, R213 (R214).

35 Begründung RegE, BT-Drucks. 17/10487 S. 12.

36 Vgl. *Kilian NJW* 2011, 3413 (3416); *ders.* *AnwBl* 2012, 957 (960).

3. Offene Fragen

Schon jetzt wirft die Neuregelung eine Reihe von Auslegungs- und Folgefragen auf. Hierbei geht es vor allem um die Position des Mandanten im Schadensfall sowie um etwaige Schlupflöcher im Haftungsschild.

a) Geltung für Dauermandate

Eine der für die Praxis vorerst dringendsten Fragen betrifft die Behandlung von laufenden Mandaten, wenn sich eine GbR oder eine bestehende Partnerschaft in eine PartGmbH „umwandelt“. Ohne Zweifel gilt die Privilegierung für Mandatsverträge, die abgeschlossen werden, nachdem die Voraussetzungen für die Haftungsbeschränkung erfüllt sind. Für Altfälle fehlt dagegen eine ausdrückliche Regelung. Sucht man nach analogiefähigen Bestimmungen im Gesellschaftsrecht, bietet sich ein Vergleich an zum einen mit dem Formwechsel einer Partnerschaft in eine Kapitalgesellschaft (§ 225c i. V. m. § 224 UmwG), zum anderen mit dem Wechsel des unbeschränkt haftenden Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft in die Stellung eines Kommanditisten (§ 160 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 HGB).³⁷ In beiden Fällen bleibt die Haftung für Verbindlichkeiten bestehen, die bereits vor Änderung der Haftungssituation begründet wurden (§§ 224 Abs. 1 UmwG,³⁸ 160 Abs. 1 S. 1 HGB), allerdings mit einer fünfjährigen Ausschlussfrist (§ 224 Abs. 2-4 UmwG, § 160 Abs. 1 S. 1 a.E. in Verbindung mit S. 2, 3).

Darüber, wann eine vertragliche Haftungsverbindlichkeit in diesem Sinne „begründet“ ist, besteht im Zusammenhang mit dem Ausscheiden von Gesellschaftern seit jeher Streit: Die wohl h.M. stellt im Allgemeinen auf den Vertragsschluss ab, um das zu diesem Zeitpunkt betätigte Vertrauen der Gläubiger in die Kreditwürdigkeit der persönlich haftenden Gesellschafter zu schützen.³⁹ Einzelne Instanzgerichte und Teile der Literatur halten dagegen bei Anwaltssozietäten den Zeitpunkt der Pflichtverletzung für maßgeblich⁴⁰ und begründen dies u.a. damit, dass sich nur so eine Übereinstimmung der Haftung mit der Deckung durch die Haftpflichtversicherung erreichen lässt, welche regelmäßig dem Verstoßprinzip folgt.⁴¹

Unabhängig davon, welche Lösung man allgemein für vorzugswürdig erachtet, sprechen beim Wechsel in die PartGmbH die besseren Gründe für eine Orientierung an der Pflichtverletzung:⁴² Da der Haftungsausschluss nach § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG unmittelbar an das Unterhalten der Haftpflichtversicherung geknüpft, also sozusagen „versicherungsakzessorisch“ angelegt ist, unterliegt es keinen Bedenken, aus dem Inhalt des Versicherungsvertrags Rückschlüsse auf die Haftung gegenüber Dritten zu ziehen. Wenn der Gesetzgeber ausweislich der Regierungsbegründung verlangt, dass Versicherungsschutz im „Moment der schädigenden Handlung“ besteht,⁴³ so wird damit unmissverständlich auf das Verstoßprinzip in der Haftpflichtversicherung verwiesen. Entscheidend ist somit der Zeitpunkt der schadensursächlichen Handlung oder Unterlassung, auf den Eintritt des Schadens kommt es dagegen nicht an.

Der nahe liegende Einwand, dass der nach § 8 Abs. 4 S. 3 PartGG vorgeschriebene Namenszusatz seine Warnfunktion effektiv nur bei neu abgeschlossenen Mandaten erfüllen kann, überzeugt jedenfalls mit Blick auf die endgültige Gesetzesfassung nicht, da Namensgebung und Eingreifen der gesetzlichen Haftungsbeschränkung entkoppelt wurden (oben 1.b). Dem Mandanten, der sich mit den verbleibenden

Schutzlücken nicht abfinden will, bleibt somit im Ergebnis nur die – nach § 627 BGB jederzeit mögliche – Kündigung des Mandatsvertrags. Das hier vorgestellte Modell überzeugt jedenfalls dann, wenn die Gesellschaft ihre Mandanten auf die Wahl der neuen Form der PartG sowie auf das nunmehr geltende neue Haftungsregime einschließlich des verbesserter Versicherungsschutzes hinweist.⁴⁴

b) Versicherungsrecht

Wegen der neuartigen Verknüpfung von Haftungsausschluss und Haftpflichtversicherung bei der PartGmbH kommt man nicht umhin, sich zum Verständnis des Gesamtkonzepts auch – für den Gesellschaftsrechtler eher ungewohnt – mit versicherungsvertragsrechtlichen Fragestellungen auseinanderzusetzen. Das VVG wird man etwa heranziehen müssen, um festzustellen, ob eine Haftpflichtversicherung im Sinne des § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG „unterhalten“ wurde, da es hier auf das Bestehen des Deckungsschutzes ankommt. Das Versicherungsrecht entscheidet aber vor allem auch über Effektivität und Grenzen des Mandantenschutzes.

aa) Direktanspruch des Mandanten nur bei Insolvenz

In diesem Zusammenhang ist der bereits erwähnte § 8 Abs. 4 S. 2 PartGG von entscheidender Bedeutung, der auf die Berufshaftpflichtversicherung der PartGmbH die Vorschriften über die Pflichtverletzung für entsprechend anwendbar erklärt. Zu diesen Vorschriften zählt § 115 VVG, welcher dem Geschädigten einen Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer einräumt, wenn (1) es sich um eine Versicherung nach PflVG (Kfz-Haftpflicht) handelt, (2) über das Vermögen des Versicherungsnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet, mangels Masse abgelehnt oder ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde oder (3) der Aufenthalt des Versicherungsnehmers unbekannt ist. Entgegen anders lautender – möglicherweise missverständlicher – Äußerungen im Schrifttum⁴⁵ begründet die Bezugnahme in § 8 Abs. 4 S. 2 PartGG nicht generell einen Direktanspruch des Man-

37 Ebenso *Sommer/Treptow/Friemel* NZG 2012, 1249 (1254).

38 Vgl. *Schlitt* in: *Semler/Stengel*, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 224 Rn. 11.

39 S. etwa BGHZ 36, 224 (227 f.); *Habersack* in: *Staub, HGB*, Bd. 3, 5. Aufl. 2009, § 128 Rn. 68; *K. Schmidt* in: *MünchKommHGB*, Bd. 2, 3. Aufl. 2011, § 128 Rn. 51 m.w.N.; speziell für die Rechtsanwaltssozietät OLG Saarbrücken OLG 2007, 730 (731) [betreffend einen später entstandenen Herausgabeanspruch]; *Grunewald* NJW 2010, 3551 (3552); *Sommer/Treptow/Dietlmeier* NJW 2011, 1551 (1553); *Vollkommer/Greger/Heinemann* Anwaltschaftsrecht, 3. Aufl. 2009, § 4 Rn. 11; in der Tendenz auch *Schultz* in: *Gaier/Wolf/Göcken*, Anwaltsrecht, 2010, Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts Rn. 432 ff; für eine Ingenieurgemeinschaft implizit OLG Karlsruhe NJOZ 2011, 1694 (Tz. 37 ff.).

40 LG Bonn NZG 2011, 143 (145); AG Eilenburg BeckRS 2012, 05164; *Meixner/Schröder* DStR 2008, 528; *Rinkler* in: *Zugehör u.a.*, Handbuch der Anwaltschaft, 3. Aufl. 2011, Rn. 4010; *Sieg* WM 2002, 1432 (1439); im Erg. auch *Lüneburg* ZIP 2012, 2229 (2234 f.); *Schlinker/Hammerschmid* NJOZ 2012, 321 (324 f.), die allerdings in fragwürdiger Weise die Schlechterfüllung des Anwaltsvertrags als Verletzung einer Nebenpflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB einordnen; allgemein für jede GbR *Gummert* in: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 18 Rn. 53. Auf die Pflichtverletzung abstellend auch BGH NJW 1982, 1866 f. (insoweit nicht abgedruckt in BGH 83, 328), allerdings in einem Fall, in dem es nicht entscheidend darauf ankam.

41 LG Bonn BeckRS 2010, 16151 (sub II.2.a, insoweit nicht abgedruckt in NZG 2011, 143).

42 Ebenso *Diller* in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 4. Aufl. 2014, § 51a Rn. 28; *Kilian* MDR 2013, 1137 (1142); a.A. (Vertragsschluss entscheidend) *Sommer/Treptow/Friemel* NZG 2012, 1249 (1254); *Tröger/Pfaffinger* JZ 2013, 812 (814); andeutungsweise auch *WPK* (Fn. 24) S. 3; im Erg. wohl auch *Bauer* BRAK-Mitt. 2013, 202 (205), die eine „Einwilligung“ des Mandanten in die Haftungsbeschränkung verlangt.

43 Begründung RegE, BT-Drucks. 17/10487 S. 14.

44 Vgl. zu einer entsprechenden Pflicht *Leuering* NZG 2013, 1001 (1005).

45 *Wertenbruch* NZG 2013, 1006 (1009).

danten gegen den Versicherer, sondern nur, wenn auch eine der zusätzlichen Voraussetzungen des § 115 Abs. 1 VVG erfüllt ist, also v.a. bei Insolvenzeröffnung. Dass in den Gesetzesmaterialien von einer „Rechtsfolgenverweisung“ die Rede ist,⁴⁶ bedeutet lediglich, dass das Tatbestandsmerkmal der „Pflichtversicherung“ nicht gesondert zu prüfen ist, nicht dagegen, dass sämtliche Rechtsfolgen der §§ 113 ff. VVG ohne Weiteres eintreten würden. Im Normalfall ist der Mandant daher darauf angewiesen, dass die Partnerschaft ihren Versicherer zur Zahlung anweist oder ihren Freistellungsanspruch aus dem Versicherungsvertrag (§ 100 VVG) abtritt (vgl. § 108 Abs. 2 VVG); notfalls muss er im Wege der Pfändung (§§ 829, 835 ZPO) vorgehen. Bei Zahlungsunfähigkeit der Partnerschaft kann er die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen (§§ 13 f. InsO) und so die Voraussetzung für einen Direktanspruch herbeiführen.

bb) Vorsätzliche Pflichtverletzungen

Ein weiteres nur aus dem Versicherungsvertragsrecht heraus verständliches Problem ergibt sich bei (bedingt) vorsätzlichem Fehlverhalten der für die PartGmbH handelnden Personen. Die Haftungsbeschränkung nach § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG greift auch in diesen Fällen; der Geschädigte kann jedoch den Handelnden unter Umständen nach Deliktsrecht (§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem StGB, § 826 BGB) persönlich in Anspruch nehmen.⁴⁷ Allerdings verlangen die Deliktstatbestände in der Regel Vorsatz auch hinsichtlich des Schadens, welcher sich abgesehen von Extremfällen nur schwer nachweisen lässt, da sich die Betroffenen stets darauf berufen werden, sie hätten darauf vertraut, dass „am Ende alles gut geht“.

In solchen Fällen brauchte nach der bisherigen Vertragsgestaltung auch der Haftpflichtversicherer nicht einzuspringen. Zwar ist kraft Gesetzes nur ein Risikoausschluss für die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles vorgesehen (§ 103 VVG), wobei sich der Vorsatz auch auf den Handlungserfolg beziehen muss.⁴⁸ Die bisher üblichen Versicherungsbedingungen der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe sehen jedoch – im Einklang mit den berufsrechtlichen Vorgaben⁴⁹ – einen Ausschluss bereits bei wesentlicher Pflichtverletzung vor (vgl. § 4 Nr. 5 AVB-RSW), ohne dass es auf einen Schädigungsvorsatz ankäme, so dass der Gläubiger in solchen Fällen allein auf das Gesellschaftsvermögen verwiesen wäre. Um die drohende Lücke im Mandantenschutz zu schließen, wurde auf Initiative des Rechtsausschusses⁵⁰ für Rechts- und Patentanwälte eine entsprechende Erweiterung des Versicherungsschutzes angeordnet, und zwar sowohl für die PartGmbH als auch für die GmbH.⁵¹

Aus Mandantensicht ist diese Korrektur sicherlich zu begrüßen; konsequent vorgegangen ist der Gesetzgeber dabei jedoch nicht. Dieselbe Lücke bestand bisher schon, und zwar nicht nur bei den bislang eher seltenen Rechts- und Patentanwaltsfirmen mit beschränkter Haftung, sondern bei sämtlichen als Steuerberatungs- oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften anerkannten Kapitalgesellschaften. Weshalb sie nur im Bereich der Anwaltschaft geschlossen wurde, während es für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater – auch bei Wahl der neu geschaffenen PartGmbH – beim bisherigen Versicherungsumfang bleibt, ist nicht nachvollziehbar (dazu noch unten III.3).⁵²

Wie sich die zusätzliche Anforderung auf die Versicherungsprämien auswirken wird, bleibt abzuwarten. Findet

sich nicht eine Lösung nach dem Vorbild des § 117 Abs. 1 VVG (oben 1.a)cc), bei der die Deckung lediglich im Verhältnis zum Geschädigten aufrechterhalten wird, während der Versicherer bei der Partnerschaft und ihren Partnern Regress nehmen kann, dürften nicht unerhebliche Mehrkosten zu erwarten sein.⁵³

c) Fehlender Rechtsformzusatz

Zu den weiteren im Gesetzgebungsverfahren offenbar nicht vollständig durchdachten Fragen zählt die haftungsrechtliche Bedeutung der Namensvorgaben nach § 8 Abs. 4 S. 3 PartGG. Entsprechend der Ausgestaltung als „reine Firmenvorschrift“ greifen bei Missachtung in jedem Fall die firmenrechtlichen Sanktionen nach § 2 Abs. 2 Hs. 1 PartGG i. V. m. § 37 HGB. Was die persönliche Haftung der Partner betrifft, wird man zwischen drei Arten von Verstößen unterscheiden müssen:

Die erste – eher theoretische – Problemkonstellation ergibt sich, wenn die Partnerschaft zwar eine Haftpflichtversicherung nach den gesetzlichen Vorgaben abschließt, die Änderung des Gesellschaftsvertrags zwecks Anpassung des Namens jedoch unterbleibt. § 5 Abs. 2 Hs. 1 PartGG i. V. m. § 15 Abs. 1 HGB⁵⁴ helfen hier nicht weiter, da es an einer eintragungspflichtigen Tatsache fehlt. Eine Namensänderung muss zwar nach § 4 Abs. 1 S. 3 PartGG zum Partnerschaftsregister angemeldet werden. Bevor jedoch ein entsprechender Beschluss gefasst wurde, der ja auch erst über die genaue Ausgestaltung des Namens entscheidet, gibt es nichts anzumelden. Zwar scheinen die Gesetzesmaterialien davon auszugehen, dass § 8 Abs. 4 S. 3 PartGG selbst die Eintragung des Namenszusatzes anordne;⁵⁵ im Wortlaut der Vorschrift schlägt sich das jedoch in keiner Weise nieder. Denkbar ist mithin allenfalls eine Haftung nach allgemeinen Rechtscheinsgrundsätzen,⁵⁶ die sich aber weitgehend vermeiden lässt, wenn die Partnerschaft im Rechtsverkehr bereits auf die Haftungsbeschränkung hinweist.

Weniger problematisch ist die zweite Konstellation: Ändert die Partnerschaft ihren Namen, versäumt sie jedoch die Eintragung und Bekanntmachung, wird Dritten über § 5 Abs. 2 Hs. 1 PartGG i. V. m. § 15 Abs. 1 HGB ein abstrakter

46 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/13944 S. 20.

47 Begründung RegE, BT-Drucks. 17/10487 S. 14.

48 Lücke in: Prölss/Martin (Fn. 18), § 103 Rn. 4.

49 Vgl. § 51 Abs. 3 Nr. 1 BRAO, § 45 Abs. 3 Nr. 1 PAO, § 53a Abs. 1 Nr. 1 DVStB, §§ 54 Abs. 3 WPO, 4 Abs. 1 Nr. 1 WPBHV.

50 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/13944 S. 21.

51 Für die PartGmbH s. §§ 51a Abs. 1 S. 2 BRAO, 45a Abs. 1 S. 2 PAO; für die GmbH s. §§ 59j Abs. 1 Hs. 2 BRAO, 52j Abs. 1 Hs. 2 PAO. Die Erweiterung des Versicherungsschutzes ist etwas „versteckt“; sie ergibt sich jeweils aus der eingeschränkten Verweisung auf die „normalen“ Vorgaben zur Haftpflichtversicherung, welche den Risikoausschluss bei wesentlicher Pflichtverletzung (vgl. Fn. 49) nicht mit umfasst.

52 Kritisch auch Ruppert DStR 2013, 1623 (1627). Keine Erklärung ist – entgegen Vermutungen der WPK (Fn. 24) S. 7 –, dass es sich bei den zu ändernden Vorschriften im Berufsrecht der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer (DVStB, WPBHV) um Rechtsverordnungen handelt, da es dem Gesetzgeber frei steht, diese selbst zu ändern, was für die §§ 51, 52, 55 DVStB ja auch geschehen ist.

53 Sehr pessimistisch die Einschätzung des GDV in seiner Stellungnahme v. 18.6.2013, abrufbar unter www.gdv.de/wp-content/uploads/2013/07/GDV-Stellungnahme_wesentliche_Pflichtverletzung-Partnergemeinschaften-2013.pdf, S. 6 f.

54 Für die Anwendung von § 15 Abs. 1 HGB sprechen sich Leuering NZG 2013, 1001 (1003); Tröger/Pfaffinger JZ 2013, 812 (814) aus, ohne dass allerdings deutlich würde, ob sie sich auf eine fehlerhafte Namensgebung im Partnerschaftsvertrag oder bloß auf die unterbliebene Eintragung und Bekanntmachung des gesetzeskonformen Namens beziehen.

55 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/13944 S. 20.

56 Hierfür wohl Seibert DB 2013, 1710 (1713); Uwer/Roeding AnwBl 2013, 483.

Vertrauensschutz gewährt. Aus dem Schweigen des Handelsregisters kann legitimerweise der Schluss gezogen werden, dass die Haftung des Mandatsbearbeiters für Berufsfehler nicht beschränkt ist. Die Folgen der negativen Publizität des Partnerschaftsregisters können nur vermieden werden, wenn dem Mandanten positive Kenntnis von der Haftungsbeschränkung nachgewiesen wird.

Dass die Partner, die von vornherein keine Namensänderung vornehmen, besser stehen als diejenigen, die lediglich deren Veröffentlichung unterlassen, überzeugt nicht. Sinnvoller wäre es gewesen, entweder – wie ursprünglich vorgesehen – die Eintragung des Namenszusatzes als konstitutive Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung auszugestalten, oder aber die Tatsache der Haftungsbeschränkung als solche für eintragungspflichtig zu erklären.

Für die Praxis am bedeutsamsten ist schließlich die dritte Konstellation, das Unterlassen der Verwendung des Namenszusatzes im Geschäftsverkehr, insbesondere unter Verstoß gegen § 7 Abs. 5 PartGG – man denke nur an die versehentliche Verwendung alter Briefvorlagen aus der Zeit als „gewöhnliche“ Partnerschaft. Diese Fälle sollen der Gesetzesbegründung⁵⁷ zufolge nach den allgemeinen Regeln behandelt werden, die gelten, wenn eine haftungsbeschränkte Gesellschaft im Rechtsverkehr über ihre Haftungsbeschränkung täuscht. Verwiesen wird damit auf die Rechtsprechung des BGH, die bei Weglassen des Rechtsformzusatzes – dogmatisch angreifbar⁵⁸ – eine persönliche Erfüllungshaftung des für die Gesellschaft auftretenden Vertreters kraft Rechtscheins analog § 179 BGB annimmt.⁵⁹

Ob ein entsprechender Rechtsschein der unbeschränkten persönlichen Haftung gesetzt wurde, lässt sich nur anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilen. Problematisch erscheint etwa eine Gestaltung von Geschäftsbriefen, bei denen im Briefkopf wie bisher der Zusatz „und Partner“ verwendet wird, während der Hinweis auf die beschränkte Berufshaftung lediglich dem „Kleingedruckten“ in der Fußzeile zu entnehmen ist.

d) Verbleibende Haftungsgefahren und interner Schadensausgleich

aa) Verlustausgleichs- bzw. Nachschusspflicht der Gesellschafter

Grundsätzlich trifft jeden Gesellschafter im Falle seines Ausscheidens gegenüber der Gesellschaft eine Verlustausgleichspflicht nach § 1 Abs. 4 PartGG i. V. m. § 739 BGB. Entsprechend haben im Falle der Liquidation die Partner der Gesellschaft gemäß § 1 Abs. 4 PartGG i. V. m. § 735 BGB anteilig die Liquidationsfehlbeträge zu erstatten. Für die Gläubiger der Gesellschaft, deren Ansprüche nicht durch die Versicherungsleistung gedeckt sind, liegt es daher nahe, diese Ansprüche der Gesellschaft zu pfänden und sich überweisen zu lassen (§§ 829, 835 ZPO). Im Falle der Liquidation hätten zudem die Liquidatoren der Gesellschaft sogar die Pflicht, diese Ansprüche geltend zu machen.

Ist damit das Haftungsprivileg des § 8 Abs. 4 PartGG entwertet? Hat der Gesetzgeber die Verlustausgleichspflicht nicht gesehen? In der Tat wird das Problem der Verlustausgleichs- beziehungsweise Nachschusspflicht in den Gesetzmaterien nicht angesprochen. Die sachgerechte Lösung dieses Problems dürfte sich indes aus der Abdingbarkeit der §§ 735, 739 BGB ergeben, die der Gesetzgeber ebenfalls nicht angetastet hat. Die Gesellschafter können daher unproblema-

tisch die Nachschusspflichten für solche Fehlbeträge ausschließen, die aus Gesellschaftsverbindlichkeiten herrühren, die auf ein berufliches Fehlverhalten zurückzuführen sind. Selbst wenn der Gesellschaftsvertrag keine entsprechende Regelung enthält, wird man einen schlüssigen Ausschluss der Verlustausgleichspflichten annehmen müssen, da ein entsprechender Freistellungswille in der Wahl der Rechtsform der PartGmbH hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt.⁶⁰ Etwas anderes gilt für Verluste, die auf sonstige Verbindlichkeiten zurückzuführen sind, da die Entscheidung zu Gunsten der PartGmbH insoweit keine Rückschlüsse auf einen bestimmten Willen der Gesellschafter erlaubt.

bb) Existenzvernichtungshaftung

Bereits unter der ausschließlichen Geltung des § 8 Abs. 2 PartGG war es unbefriedigend, dass die Haftung der Partnerschaft, die neben der Haftung des handelnden Partners stets zu berücksichtigen war, nicht durch Kapitalerhaltungsgrundsätze abgesichert war.⁶¹ Den von der Haftungsprivilegierung des § 8 Abs. 2 PartGG profitierenden, nicht mandatsbearbeitenden Mitgesellschaftern ist es in der „normalen“ PartG damit grundsätzlich nicht verwehrt, Gesellschaftsvermögen abzuziehen, wenn eine Inanspruchnahme aufgrund eines Pflichtverstoßes eines Gesellschafters droht und es absehbar ist, dass die Versicherungssumme und das Privatvermögen des handelnden Partners nicht ausreichen, um den beim Mandanten wahrscheinlich entstehenden Schaden abzudecken.

Mit der Einführung der PartGmbH durch § 8 Abs. 4 PartGG stellt sich diese gesellschaftsrechtliche Grundsatzfrage in einer sogar noch deutlich verschärften Form. Die Anreize, bei einem die Versicherungssumme übersteigenden Haftungsrisiko der Partnerschaft Vermögen zu entziehen, sind hier besonders ausgeprägt. Gleichwohl hat der Gesetzgeber – offenbar bewußt – darauf verzichtet, einen besonderen Kapitalschutz für die PartGmbH einzuführen. Da es für die PartGmbH keine Kapitalerhaltungsgrundsätze – wie bei einer Kapitalgesellschaft – gibt, sind solche Verhaltensweisen grundsätzlich nicht sanktioniert. Es bleibt nur der Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze des Rechtsmissbrauchs. Daher liegt es in der Tat nahe, die Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff, die vom 2. Senat des BGH letztlich auf § 826 BGB gestützt wird, auf ihre Übertragbarkeit zu prüfen.⁶² Der 2. Senat hat seine Entscheidungspraxis in der Trihotel-Entscheidung⁶³ auf allgemeine bürgerlich-rechtliche Erwägungen gestützt, nämlich auf das Ziel, das zweckgebundene, der vorrangigen Befriedigung der Gläubiger dienende Vermögen der GmbH vor kompensationslosen Eingriffen der Gesellschafter zu schützen, die zur Insolvenz der Gesell-

57 Begründung RegE, BT-Drucks. 17/10487, S. 14.

58 S. nur *Altmeppen* NJW 2012, 2833 (2835 ff.).

59 Ständige Rspr. seit BGHZ 62, 216 (222 f.); zuletzt BGH NJW 2012, 2871 m.w.N.

60 So zutreffend auch *Wertenbruch* NZG 2013, 1006 f.

61 Vgl. dazu bereits *Henssler* PartGG (Fn. 13) § 8 Rn. 80; *ders.* FS Wiedemann, 2002, 907 (929 ff.).

62 Überlegungen zur Existenzvernichtungshaftung bei der PartGmbH auch bei *Römermann/Praß* NZG 2012, 601 (607 f.); *Tröger/Pfaffinger* JZ 2013, 812 (820); ablehnend dagegen *Schäfer* in: *MünchKommBGB* (Fn. 27) § 9 PartGG Rn. 46.

63 BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689.

schaft führen oder auch nur diese vertiefen.⁶⁴ Angesichts dieser verallgemeinerungsfähigen Begründung spricht vieles dafür, die Existenzvernichtungshaftung nicht nur auf alle Kapitalgesellschaften, sondern auch auf Personengesellschaften, die als gesellschaftsrechtliche Hybride eine Form der Haftungsbeschränkung kennen, zu erstrecken und sie damit zu einem allgemeinen „Institut des Verbandsrechts“⁶⁵ weiterzuentwickeln.

Freilich ist zu beachten, dass die Ursache für die Existenzvernichtung regelmäßig der Haftungsfall und nicht die Ausschüttung sein wird. Nicht jede Ausschüttung von Partnervergütungen darf schädlich sein. Die Partner haben weiterhin einen Anspruch auf eine angemessene Gegenleistung für ihre Arbeitsleistung in der Gesellschaft. Die Auszahlung und die Empfangnahme dieser normalen Entlohnung für die Dienstleistung stellen keinen Rechtsmissbrauch dar und können nicht als sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB gewertet werden. Die Gesellschaft, und damit auch ihre Gläubiger, sind ja gerade darauf angewiesen, dass der Geschäftsbetrieb unverändert fortgeführt wird, so dass aus den erzielten Gewinnen die Gesellschaftsschulden beglichen werden können. Auch die Gläubiger können nicht erwarten, dass die Partner nunmehr entschädigungslos allein zur Tilgung der Gesellschaftsschulden arbeiten. Insofern besteht zwischen Kapital und Arbeit und damit auch zwischen Kapitalgesellschaften, in den die Gesellschafter reine Kapitalanleger sind, und Personengesellschaften, in denen – wie in prinzipiell allen freiberuflichen, jedenfalls aber in allen anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften – die Gesellschafter zur aktiven Mitarbeit verpflichtet sind, ein erheblicher Unterschied. Lediglich das für den normalen Geschäftsbetrieb erforderliche Eigenkapital darf der Gesellschaft nicht entzogen werden, die Vergütung für die freiberufliche Tätigkeit dagegen durchaus. Erst wenn der Gesellschaft gezielt – über die Regelausschüttungen hinausgehend – Vermögen entzogen wird, um es nicht den Gläubigern zur Verfügung zu stellen, greift der Vorwurf der Sittenwidrigkeit und damit § 826 BGB.

Die strengeren Maßstäbe können zudem nicht bereits ab dem Zeitpunkt gelten, ab dem ein Mandant erstmals eine Schadensersatzforderung wegen einer von ihm behaupteten Fehlberatung bzw. fehlerhaften Vertretung geltend macht. Erst wenn sie derart konkret ist, dass für sie im Falle der Bilanzierungspflichtigkeit des Unternehmens eine Rückstellung gebildet werden müsste,⁶⁶ lässt sich die primär auf die Kapitalgesellschaft zugeschnittene Rechtsprechung des BGH übertragen. Auch mit diesen Einschränkungen bieten die Grundsätze des existenzvernichtenden Eingriffs bzw. der Rückgriff auf § 826 BGB einen hinreichenden Schutz gegen eine systemwidrige Verwendung der Rechtsform der Personengesellschaft.

cc) Binnenhaftung

Ein Gesellschafter, der in Erfüllung seiner gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungspflicht nachlässig handelt, verletzt zugleich seine Pflichten als Gesellschafter, jedenfalls seine Treuepflicht. Er ist damit im Innenverhältnis zur Gesellschaft nach § 280 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, es kommt ihm lediglich über § 1 Abs. 4 PartGG die Haftungserleichterung des § 708 BGB zu Gute.⁶⁷ Da die PartG für die Vertragsverletzung gegenüber dem Mandanten uneingeschränkt haftet, steht der Schaden der Gesellschaft außer Frage.

Damit wird die Haftungserleichterung des persönlich handelnden Gesellschafters deutlich entwertet. Die Gesellschaftsgläubiger können nämlich den Anspruch der Gesellschaft gegenüber dem nachlässigen Gesellschafter pfänden und ihn sich anschließend überweisen lassen (§§ 829, 835 ZPO), so dass ihnen im Ergebnis doch ein Anspruch gegenüber dem pflichtwidrig handelnden Gesellschafter zusteht.⁶⁸

Eine entsprechende Haftung kann nicht nur den unmittelbaren Mandatsbearbeiter treffen, sondern ausnahmsweise auch die Mitgesellschafter, wenn diese ihre – allerdings nur in sehr engem Umfang zu bejahende – Pflicht zur Überwachung bzw. zur Einrichtung einer sachgerechten internen Organisationsstruktur verletzt haben. Eine Pflicht zur ständigen Überwachung der Mitgesellschafter lässt sich allerdings nicht begründen. Sie ist nicht nur in großen überörtlichen Beratungsgesellschaften abzulehnen, in denen sie gar nicht praktikierbar wäre, sondern auch in kleinen Partnerschaften mit wenigen Partnern.⁶⁹ Nur wenn die Organisationsstruktur offensichtlich ineffizient ist oder wenn die Partner etwa bei offensichtlichen Qualifikationsmängeln eines Mitgesellschafters bzw. einer kontinuierlichen Vernachlässigung der (berufsrechtlich nicht sanktionierten) Fortbildungspflicht nicht einschreiten, lässt sich eine Verletzung der Pflicht zur Mitwirkung an einer sachgerechten Binnenstruktur bejahen. Beispiele bieten ein unzureichendes System der Fristenkontrolle, die offensichtlich verfehlte bzw. unterdimensionierte Besetzung von Beratungsteams für größere Mandate u.ä. Jede Kanzlei ist daher gut beraten, ein Qualitätsmanagementsystem einzurichten, das solche Missstände vermeidet.

Die Situation ist insoweit anders als in der Kapitalgesellschaft, da der Gesellschafter hier seine beruflichen Leistungen grundsätzlich im Rahmen eines Anstellungsvertrages, der als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist, erbringt.⁷⁰ Ihm kommt damit im vollem Umfang das Arbeitnehmerhaftungsprivileg zugute,⁷¹ das ihn vor internen Ausgleichsansprüchen der Gesellschaft schützt. Nur für die Geschäftsführer, seien es Fremdmanager oder geschäftsführende Gesellschafter, gilt etwas anderes. Sie werden regelmäßig nicht aufgrund eines Arbeitsvertrages, sondern aufgrund eines selbständigen Dienstvertrages tätig, so dass die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs nicht gelten.⁷²

Die Anwendung dieser allgemeinen Regeln der Innenhaftung in Personengesellschaften führt dazu, dass § 8 Abs. 4 PartGG und damit die gesamte rechtliche Konstruktion im Bereich der groben Fahrlässigkeit wegen §§ 708, 277 BGB ohne entsprechende Vorsorge im Gesellschaftsvertrag weitgehend entwertet wird und im Bereich der leichten Fahr-

64 BGH aaO (Tz. 16 ff.).

65 So die Formulierung von Tröger/Pfaffinger, JZ 2013, 812 (820).

66 Dazu etwa Kozikowski/Schubert in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 249 HGB Rn. 33, 42 ff.

67 Vgl. nur Begründung RegE PartGG, BT-Drucks. 12/6151 S. 18; Henssler PartGG (Fn. 13) § 8 Rn. 89; Grunewald ZIP 2012, 1115 (1116); Tröger/Pfaffinger JZ 2013, 812 (821).

68 Tröger/Pfaffinger JZ 2013, 812 (821).

69 Weitergehend wohl Tröger/Pfaffinger JZ 2013, 812 (821).

70 S. nur BAG NZA 1990, 525; Preis in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2013, § 611 BGB Rn. 17, 19.

71 Zur Haftungsbeschränkung bei „betrieblicher Veranlassung“ Henssler in: MünchKommBGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2012, § 619a Rn. 5 ff.

72 Dazu eingehend Henssler in: Henssler/Streck, Handbuch Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2011, Kap. D. Rn. 167.

lässigkeit erhebliche Rechtsunsicherheit entsteht. Rechtsanwälte können sich nicht darauf berufen, in eigenen Angelegenheiten unterdurchschnittlich sorgfältig und deshalb auch in ihrer beruflichen Tätigkeit entsprechend nachlässig zu sein.⁷³ Ihr im Außenverhältnis zu den Mandanten zu beachtender Sorgfaltsmaßstab prägt auch die im Innenverhältnis geschuldete Sorgfaltspflicht.⁷⁴

Für die PartG stellt sich damit die Frage, ob die Binnenhaftung gegenüber der Gesellschaft durch § 8 Abs. 4 PartGG ebenfalls kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. Meines Erachtens fehlen hinreichende Anhaltspunkte für einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers. Es ist vielmehr Sache der Gesellschafter, selbst zu entscheiden, ob sie die Innenhaftung für fahrlässig begangene Pflichtverletzungen im Gesellschaftsvertrag ausschließen wollen. Legen sie auf ein möglichst weit reichendes Haftungsprivileg im Bereich der beruflichen Pflichtverletzungen Wert, ist ihnen dringend anzuraten, im Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Regelung zu treffen.⁷⁵ Enthält der Gesellschaftsvertrag der PartG keinen ausdrücklichen Haftungsausschluss, so kommt für den Bereich der einfachen Fahrlässigkeit ein konkludenter Haftungsverzicht in Betracht.⁷⁶ Der mit der Wahl der Rechtsform der PartGmbH verfolgte Zweck würde nämlich, wie bereits erwähnt, weitgehend verfehlt, wenn pflichtwidrig handelnde Gesellschafter doch uneingeschränkt Regressansprüchen ausgesetzt wären. Insoweit stellt sich das Problem der Reichweite des Haftungsprivilegs gemäß §§ 708, 277 BGB letztlich in der Praxis nicht, weil es durch den konkludenten Haftungsausschluss überlagert wird.

Für den Bereich der groben Fahrlässigkeit dürfte sich indes der Weg über einen konkludenten Haftungsverzicht der Gesellschaft verbieten. Es entspricht allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, dass ein Haftungsausschluss im Bereich der groben Fahrlässigkeit eine ausdrückliche Vereinbarung voraussetzt.⁷⁷ Auch in der PartG ist durchaus nicht auszuschließen, dass die Mitgesellschafter gerade nicht bereit sind, bei Schäden, welche die Versicherungssumme übersteigen, den Good Will der Gesellschaft durch Liquidation zu vernichten, obwohl der Mitgesellschafter seine ihm im Innenverhältnis obliegenden vertraglichen Pflichten grob fahrlässig verletzt hat.

Außer Zweifel steht, dass die Binnenhaftung im Bereich der vorsätzlichen Schädigung eines Mandanten nicht ausgeschlossen werden kann. Der Gesellschafter haftet ohnehin persönlich im Außenverhältnis deliktisch nach § 826 BGB und zwar als Gesamtschuldner gemeinsam mit der PartG. Nähere Überlegung verdient der Sonderfall der vorsätzlichen Pflichtverletzung – etwa die bewusste Nichteinhaltung einer bestimmten Frist, die nicht mit einem zumindest bedingten Schädigungsvorsatz verbunden ist, bei der der anwaltliche Gesellschafter vielmehr hofft, es werde schon alles gut gehen, die in Kauf genommene Fristversäumnis werde also keinen Schaden des Mandanten nach sich ziehen (vgl. bereits oben b)bb). Auch diese Haftung kann vertraglich aufgrund von § 276 Abs. 3 BGB nicht ausgeschlossen werden. Nach dem Normzweck dieser Vorschrift soll sich niemand der Willkür eines anderen ausliefern können.⁷⁸ Danach muss nicht auch der Schaden vom Vorsatz umfasst sein, die vorsätzliche Pflichtverletzung genügt, um das Schutzanliegen zur Geltung zu bringen.⁷⁹ Im Umfang der abgeschlossenen Haftpflichtversicherung ist der pflichtwidrig handelnde Gesellschafter zwar geschützt, da aufgrund einer vom Rechtsausschuss initiierten Änderung die Leistungspflicht des Ver-

sicherers auch insoweit sichergestellt wurde. In dem praktisch relevanten Bereich eines die Versicherungssumme übersteigenden Schadens, in dem also eine Inanspruchnahme des Gesellschaftsvermögens ansteht, genießt der Gesellschafter zwar das Haftungsprivileg im Außenverhältnis. Im Innenverhältnis bleibt er dagegen Ansprüchen der Gesellschaft und damit dem Risiko einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger nach Pfändung und Überweisung ausgesetzt. Die geschädigten Mandanten als Gesellschaftsmitglieder befinden sich in diesem Bereich damit in der günstigen Situation, dass sie zwar keine deliktischen Ansprüche gegenüber dem handelnden Gesellschafter haben, aber im Umfang des (Mindest-)Versicherungsschutzes abgesichert sind, und in dem Bereich des darüber hinausgehenden Schadens sowohl über einen Anspruch gegen die Gesellschaft als auch über einen pfändbaren und nicht vertraglich ausschließbaren Ausgleichsanspruch der Gesellschaft gegen den handelnden Gesellschafter verfügen.

dd) Gesamtschuldnerausgleich zu Gunsten der Gesellschafter?

Probleme des internen Schadensausgleichs ergeben sich nicht nur aus der Perspektive von Ansprüchen der PartG gegenüber dem schadensverursachenden Gesellschafter. Auch umgekehrt ist es denkbar, dass einem ausnahmsweise persönlich in Anspruch genommenen Partner aufgrund des Haftungsmodells der PartGmbH Ausgleichsansprüche gegen die Gesellschaft zustehen. Zu solchen Konstellationen kann es aufgrund des Haftungsprivilegs nur ausnahmsweise, nämlich dann kommen, wenn der Partner persönlich deliktisch verantwortlich ist. Das Problem ist damit vorerst theoretischer Natur, weil die PartGmbH für die Angehörigen der Heilberufe, bei denen sich das Problem der deliktischen Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB für Körperverletzungen stellt, mangels berufsrechtlicher Regelung der Versicherungspflicht vorerst gar nicht zur Verfügung steht.

Kommt es zur Öffnung der PartGmbH für die Heilberufe, so kann es zu Konstellationen kommen, in denen einerseits die Gesellschaft aus § 280 BGB sowie § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 31 BGB analog haftet und andererseits der handelnde Berufsträger aus § 823 BGB verantwortlich ist. Anders als bei bloßer akzessorischer Haftung sind in dieser Konstellation Gesellschaft und Gesellschafter dem Gläubiger als Gesamtschuldner verantwortlich, so dass dem Gesellschafter im Innenverhältnis zur Gesellschaft Regressansprüche nach § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB zustehen. Nach allgemeinen Regeln würden dem in Anspruch genommenen, pflichtwidrig handelnden Partner aufgrund seiner Primärverantwortlichkeit keine Ausgleichsansprüche gegen

73 Vgl. dazu Henssler PartGG (Fn. 13) § 8 Rn. 89; Michalski/Römermann PartGG, 2. Aufl. 2005, § 8 Rn. 43.

74 Wertenbruch NZG 2013, 1006 (1007).

75 Dieses Risiko wird von Tröger/Pfaffinger, JZ 2013, 812 (821) nicht angesprochen, obwohl es den Wert des von ihnen unter V. entwickelten Schutzsystems erheblich mindert.

76 So auch Wertenbruch NZG 2013, 1006 (1008).

77 OLG Hamm NJW-RR 2006, 104; Grundmann in: MünchKommBGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 276, Rn. 88; Grüneberg in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 276 Rn. 37; Löwisch/Caspers in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 276 Rn. 124; ebenso ausdrücklich für die PartG auch Wertenbruch NZG 2013, 1006 (1007).

78 Grundmann in: MünchKommBGB (Fn. 77) § 276 Rn. 182.

79 So jedenfalls die h.M., s. BGH LM Nr. 2 zu § 276 (Ba) BGB; Grundmann in: MünchKommBGB (Fn. 77) § 276 Rn. 153; a.A. wohl Esser/Schmidt Schuldrecht Bd. 1 Teilbd. 2 § 26 I 1 (S. 80); zum Ausnahmecharakter des erweiterten Vorsatzerfordernisses bei § 826 BGB auch BGH NJW 1951, 596 (597); Löwisch/Caspers in: Staudinger (Fn. 77) § 276 Rn. 24.

die Gesellschaft zustehen. Dabei würde aber das von den Gesellschaftern mit der Wahl der Rechtsform der PartGmbH verfolgte Ziel aus dem Blick verloren. Die Gesellschafter wollen ja unmissverständlich gerade auch den handelnden Gesellschafter von der Haftung für solche Schäden freistellen, die auf berufliches Fehlverhalten zurückzuführen sind. Sachgerecht erscheint es daher, aus der Wahl der Rechtsform zugleich einen schlüssig vereinbarten Regressanspruch des Partners bei leicht fahrlässigem Verhalten zu folgern.⁸⁰ Damit verbunden ist die Pflicht, den deliktisch handelnden Gesellschafter von seiner Haftung freizustellen, wenn sich der Gläubiger direkt an ihn hält. Die anderen Partner belasten diese Ansprüche gegen die Gesellschaft nicht unmittelbar, da sie für Sozialansprüche einzelner Gesellschafter nicht nach § 8 Abs. 1 PartGG haften.⁸¹

Bei grob fahrlässigen Pflichtverletzungen hilft dagegen nur eine ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag. Für die Heilberufe ist damit – selbst im Fall ihrer berufsrechtlichen Öffnung – die Wahl der Rechtsform der PartGmbH für sich genommen von fragwürdigem Vorteil. Es bedarf flankierender Regelungen im Gesellschaftsvertrag.

ee) Zwischenergebnis

Insgesamt ist daher den Gesellschaftern zu empfehlen, im Gesellschaftsvertrag sowohl die Nachschusspflichten nach §§ 735, 739 BGB als auch interne Schadensersatzansprüche aus § 280 BGB für solche Fälle auszuschließen, denen eine leicht oder grob fahrlässige Berufspflichtverletzung zugrunde liegt. Sollte es zur Öffnung der PartGmbH auch für die Heilberufe kommen, so bedarf es flankierender Regelungen im Gesellschaftsvertrag zum Schutz deliktisch haftender Gesellschafter.

III. Schwächen der Regelung

Schon bei einer Betrachtung der PartGG-Reform als solcher unbeachtlich der „großen“ Systemfragen⁸² werden einige Schwächen offenbar: Die Regelung erweist sich zum einen als übertrieben zurückhaltend, was den Umfang der Haftungsbeschränkung und ihren personalen Anwendungsbereich betrifft; zum anderen wirkt sie mangels Harmonisierung der berufsrechtlichen Bestimmungen in Versicherungsfragen wenig konsequent.

1. Keine vollständige Haftungsbeschränkung

a) Nicht erfasste „sonstige Verbindlichkeiten“

Mit dem Ausschluss der Einstandspflicht für Berufsfehler ist sicherlich der dringenden Forderung der betroffenen Berufsangehörigen nach einem Schutz vor existenzbedrohenden Haftungsgefahren Genüge getan. Es verbleibt jedoch ein wesentlicher Unterschied zur englischen LLP, die im Grundsatz von einer vollständigen Haftungsbegrenzung wie bei Kapitalgesellschaften ausgeht. Nach der Gesetzesbegründung erklärt sich diese Einschränkung dadurch, dass nur bei den Verbindlichkeiten aus Berufshaftung eine sinnvolle Kompensation durch die Haftpflichtversicherung möglich ist.⁸³ Sie bringt in konzeptioneller Hinsicht den rechtsdogmatischen Vorteil mit sich, dass man die PartGmbH nicht als völlig neuartige Hybridgesellschaft qualifizieren muss, sondern sie in das bestehende System des Personengesellschaftsrechts einordnen kann.⁸⁴

Nicht zu verkennen sind aber die finanziellen Nachteile gegenüber Kapitalgesellschaften und LLP: So können die Partner grundsätzlich jederzeit gesamtschuldnerisch von den Gläubigern der „sonstigen“ Verbindlichkeiten in Anspruch genommen werden. In der Praxis droht diese Gefahr zwar nur bei Zahlungsunfähigkeit der Partnerschaft. Wird allerdings – mangels gesetzlicher Pflicht⁸⁵ – erst spät ein Insolvenzverfahren eröffnet, können sich beträchtliche Summen ansammeln.⁸⁶ Erhebliche Haftungsgefahren ergeben sich weiterhin etwa für den Fall, dass ein Partner Mandantengelder veruntreut – den Rückzahlungsanspruch aus dem Mandats- oder Treuhandvertrag wird man schwerlich als „Verbindlichkeit aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung“ qualifizieren können, so dass den Mitgesellschaftern der Haftungsausschluss nicht zugute kommt.

b) Deliktische Eigenhaftung als Hindernis für Heilberufe

Unangetastet lässt die Reform auch die deliktische Eigenhaftung der Partner. Was für die rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe, die regelmäßig nur reine Vermögensschäden verursachen, nicht weiter ins Gewicht fällt, bedeutet für die Gruppe der Heilberufe faktisch das Aus (s. bereits oben II.3.d)dd): Ihnen bietet die PartGmbH mit Blick auf die strenge⁸⁷ Deliktshaftung für Verletzungen von Körper und Gesundheit aus § 823 Abs. 1 BGB kaum nennenswerte Vorteile;⁸⁸ mit der „klassischen“ Partnerschaft ist bereits das Maximum an Haftungsbeschränkung erreicht.

Um eine solche Benachteiligung der Heilberufe zu vermeiden, hätte man den Haftungsausschluss kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung auch auf die persönliche Haftung der für die Partnerschaft handelnden Personen zumindest wegen fahrlässiger Verletzung von Rechtsgütern im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB erstrecken können. Dass sich der Gesetzgeber an ein so sensibles Thema wie die persönliche Haftung des behandelnden Arztes kurz nach Erlass des weitgehend symbolpolitisch motivierten Patientenrechtegesetzes⁸⁹ nicht herangetraut hat, ist verständlich. Die grundsätzliche Idee eines lückenlosen, auch deliktische Verbindlichkeiten erfassenden Haftungsausschlusses, kompensiert durch einen angemessenen Versicherungsschutz, wäre allerdings keineswegs eine bahnbrechende Neuerung gewesen, man denke nur an den Bereich der Unfallversicherung (§§ 104–106 SGB VII).

⁸⁰ So auch *Wertenbruch* NZG 2013, 1006 (1009).

⁸¹ *Schäfer* in: MünchKommBGB (Fn. 27) § 8 PartGG Rn. 6.

⁸² Zur Reformbedürftigkeit des deutschen Personengesellschaftsrechts im Allgemeinen und des Regelungsansatzes für Gesellschaften zur Ausübung freier Berufe im Besonderen s. nur *Henssler* BB-Special 3/2010, 2 ff.; *ders.* FS Hommelhoff, 2012, 401 (412 ff.).

⁸³ Begründung RegE, BT-Drucks. 17/10487 S. 14; Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/13944 S. 20.

⁸⁴ Vgl. *Hellwig* NJW 2011, 1557 (1559); *ders.* AnWB 2012, 345 (346); *Seibert* DB 2013, 1710 (1711).

⁸⁵ Der Gesetzgeber ging ersichtlich nicht von einer Insolvenzantragspflicht zulasten der Gesellschafter einer PartGmbH aus, vgl. Begründung RegE, BT-Drucks. 17/10487 S. 14; zustimmend *Leuring* NZG 2013, 1001 (1004); *Römermann/PraB* NZG 2012, 601 (608). A. A. nunmehr *Klose* GmbHR 2013, 1191 ff.

⁸⁶ Vgl. *Schüppen* BB 2012, 783 (784); insoweit etwas verharmlosend die Begründung RegE, BT-Drucks. 17/10487 S. 14.

⁸⁷ Zu den Beweiserleichterungen für Patienten im Bereich ärztlicher Behandlungsfehler s. *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, XI Rn. 52 ff.

⁸⁸ Vgl. *Neufang/Bartschat* StB 2012, 430 (434); *Seibert* DB 2013, 1710; *Vossius* GmbHR 2012, R213.

⁸⁹ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20.2.2013, BGBl. I S. 277.

Eine Lösung des Problems allein im Rahmen der PartGmbH griffe freilich zu kurz, da es dann wertungswidersprüchlich wäre, den in Kapitalgesellschaften zusammengeschlossenen Heilberuflern eine entsprechende Möglichkeit der Haftungsbeschränkung zu versagen. Das hätte den Gesetzgeber jedoch nicht zur Kapitulation, sondern zur Vorlage eines schlüssigen Gesamtkonzeptes bewegen sollen.

2. Partikularrecht für die Beratungsberufe?

Es besteht kein Zweifel, dass die PartGG-Reform maßgeblich von den rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen und insbesondere von der Rechtsanwaltschaft vorangetrieben wurde. Es sind die großen überörtlich oder international tätigen Kanzleien, die den Ruf nach einer deutschen Alternative zur LLP laut werden ließen. Anerkanntermaßen war es vor allem das vom BGH jüngst bestätigte Verbot der Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG,⁹⁰ welches dem Reformvorhaben den letzten Schub gegeben hat.

Ob die PartGmbH auch bei Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern zum Erfolgsmodell werden könnte, hängt maßgeblich vom weiteren Schicksal der diesen Berufen prinzipiell eröffneten GmbH & Co. KG ab (vgl. §§ 27 Abs. 2 WPO, 49 Abs. 2 StBerG). Setzt sich die – mittlerweile auch in der Instanzrechtsprechung aufgegriffene⁹¹ – Auffassung durch, dass nur Gesellschaften mit gewerblichem Schwerpunkt, also mit überwiegender Treuhändertätigkeit, handelsrechtlich zulässig sind,⁹² dürfte dies das Aus für die meisten solcher Berufsgesellschaften bedeuten, die sich zumeist vorwiegend freiberuflich betätigen. Die PartGmbH erscheint dann als das passende Ausweichmodell, um weiterhin von einer Kombination aus Haftungsbeschränkung und steuerlicher Transparenz zu profitieren.

Andere Freie Berufe, denen die „gewöhnliche“ Partnerschaft offen steht, profitieren mangels berufsrechtlicher Versicherungsvorgaben bislang nicht von der neuen Haftungsoption. Diese Selbstbeschränkung des Gesetzgebers ist im Wesentlichen auf die Kompetenzverteilung im Föderalstaat zurückzuführen, da nach dem Konzept der Neuregelung die Entscheidung über das „Ob“ der Haftungsbeschränkung und über die Modalitäten der erforderlichen Berufshaftpflichtversicherung vom jeweiligen Berufsrecht getroffen werden soll und das Recht der Heilberufe, Architekten und Ingenieure in die Zuständigkeit der Länder fällt. Eine solche Zurückhaltung mag zwar von diplomatischem Geschick im Umgang mit der Regelungsautonomie der Länder zeugen, sie fordert jedoch einen Zustand der nicht an sachlichen Kriterien, sondern am mehr oder weniger großen „Tatendrang“ der Landesgesetzgeber orientierten Rechtszersplitterung geradezu heraus.

Jedenfalls für Berufe ohne eigenes Berufsrecht hätte es sich angeboten, eine gesetzliche Auffangregelung zu schaffen, also eine bundeseinheitliche Untergrenze für den Umfang der Haftpflichtversicherung vorzusehen. Entsprechendes wäre aber auch für die landesrechtlich regulierten Berufe denkbar gewesen – über den Berufsrechtvorbehalt des § 1 Abs. 3 PartGG wäre weiterhin Raum für landesrechtliche Modifikationen geblieben. Kompetenzrechtliche Bedenken gegen ein solches Vorgehen bestehen nicht, solange man den Abschluss der Haftpflichtversicherung nicht als Berufspflicht, sondern lediglich als Voraussetzung für die gesellschaftsrechtliche Haftungsbegrenzung begreift, wie dies auch bei den Steuerberatern eindeutig klargestellt wurde.⁹³

3. Mangelnde Harmonisierung bei der Haftpflichtversicherung

Auch innerhalb des Kreises „auserwählter“ Berufe bringt die Neuregelung bei näherer Betrachtung einige Friktionen, die mit Blick auf die prinzipielle Vergleichbarkeit der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe⁹⁴ verfassungsrechtlich (Art. 3 Abs. 1 GG) rechtfertigungsbedürftig erscheinen.

Augenfällig sind die – schon aus dem Bereich der Kapitalgesellschaften bekannten – unterschiedlichen Mindestversicherungssummen der Rechts- und Patentanwälte einerseits und der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater andererseits (oben II.1.a)aa). Das BVerfG hält solche Unterschiede wegen der „unterschiedliche[n] berufliche[n] Tätigkeit“ für unbedenklich,⁹⁵ wirklich einleuchten will es aber rechtspolitisch nicht, dass die Haftungsgefahren etwa der großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften hinter denen der anwaltlichen Großkanzleien so deutlich zurückbleiben sollen.

Wenig einsichtig ist auch, dass sich die Haftpflichtversicherung nur bei Rechts- und Patentanwälten auf vorsätzliche Pflichtverletzungen erstrecken muss, während es im Bereich der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer bei der Zulässigkeit des bislang allgemein üblichen Ausschlusses der Deckung bleibt. Die bereits erwähnte (oben II.3.b)bb) Lücke im System des Mandantenschutzes besteht für alle Berufe, bei denen Berufsfehler regelmäßig nur reine Vermögensschäden hervorrufen, und sollte daher auch einheitlich geschlossen oder in Kauf genommen werden.

Vollends unübersichtlich ist schließlich nach der Reform die Frage geregelt, wer Adressat der berufsrechtlichen Versicherungspflicht beziehungsweise für welche Tätigkeitsbereiche zwingend ein Versicherungsschutz nachzuweisen ist.

Im Berufsrecht der Rechts- und Patentanwälte galt bisher der Grundsatz, dass bei Berufsausübung in einer GbR oder Partnerschaft nur der einzelne Berufsträger und nicht die Gesellschaft als solche versicherungspflichtig ist. Zwar kann diese Pflicht durch Abschluss eines einheitlichen Versicherungsvertrags im Namen der Gesellschaft erfüllt werden, dieser muss jedoch auch die Tätigkeit der jeweiligen Anwälte außerhalb des Zusammenschlusses abdecken,⁹⁶ sonst bedarf es einer persönlichen Zusatzversicherung. Mit Einführung der PartGmbH hat sich an diesem Grundsatz nichts geändert: Zwar muss die Partnerschaft zur Herbeiführung der Haftungsbeschränkung nun selbst versichert sein, die Partner bedürfen jedoch weiterhin einer Deckung für etwaige Einzelmandate, selbst wenn sie beabsichtigen, ausschließlich im Rahmen der Gesellschaft tätig zu werden.⁹⁷

90 BGH AnwBl 2011, 774 = NJW 2011, 3036 f.; dazu Henssler NZG 2011, 1121 ff.

91 OLG Dresden NZG 2013, 873 f.; KG ZIP 2013, 2156 (2157 f.).

92 Tersteegen NZG 2010, 651 ff.; ausführlich zur freiberuflichen GmbH & Co. KG Henssler FS Kreuzt, 2010, S. 635 ff.; ders. NZG 2011, 1121 (1122 ff.).

93 § 67 Abs. 2 StBerG lässt die Mindestversicherungssumme von 1 Mio. Euro ausdrücklich nur für die gesellschaftsrechtliche Haftungsbeschränkung genügen, während die rein berufsrechtliche Pflicht zur „angemessenen“ Versicherung nach § 67 Abs. 1 StBerG davon unberührt bleibt, vgl. den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/13944 S. 22.

94 S. nur Henssler FS Kreuzt, 2010, S. 635 (651) m.w.N.

95 BVerfG NJW 2001, 1560 (1561).

96 Vgl. Diller in: Henssler/Prütting (Fn. 42) § 51 Rn. 26 f.

97 Vgl. Diller in: Henssler/Prütting (Fn. 42) § 51a Rn. 7; Kraße NJ 2013, 45 (49); Römermann/Prab NZG 2012, 601 (602 f.); Uwer/Roeding AnwBl 2013, 309 (310).

Bei Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern musste bislang zwischen Partnerschaften mit eigener Anerkennung als Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft einerseits und „einfachen“ Partnerschaften sowie Sozietäten in der Form der GbR andererseits differenziert werden: Während für erstere eine Versicherung auf Gesellschaftsebene⁹⁸ genügte, wenn die Partner lediglich für die Partnerschaft tätig wären,⁹⁹ traf bei letzteren die Versicherungspflicht ausschließlich die einzelnen Gesellschafter persönlich.¹⁰⁰ Die Reform musste dieses „System“ zwangsläufig dahingehend durchbrechen, dass nunmehr auch für die „einfache“ PartGmbH ohne Anerkennung eine eigene Versicherung vorgesehen ist.¹⁰¹ Während es der Gesetzgeber für die Wirtschaftsprüfer dabei belassen hat, sind im Bereich der Steuerberater zwei zusätzliche Neuerungen eingeführt worden: Zum einen benötigen jetzt Partner einer PartGmbH, die ausschließlich für die Partnerschaftsgesellschaft tätig sind, generell keinen gesonderten Versicherungsschutz mehr.¹⁰² Zum anderen werden nunmehr auch „einfache“ Partnerschaften ohne Haftungsbeschränkung einer eigenen Versicherungspflicht unterworfen,¹⁰³ ohne dass hierfür ein nachvollziehbarer Grund ersichtlich wäre.¹⁰⁴

Das Ergebnis wirkt chaotisch; nachvollziehbare Leitlinien sucht man vergeblich. Die Verortung der Versicherungspflicht bei der Gesellschaft oder den Gesellschaftern ist weder durchgängig an die berufsrechtliche Anerkennung, noch an die Haftungsbeschränkung oder an die Möglichkeit zur Bearbeitung von Einzelmandaten geknüpft. Eine konsequente Lösung hätte etwa darin bestehen können, für sämtliche Personengesellschaften eine eigene Versicherungspflicht einzuführen und es den Gesellschaftern freizustellen, ob sie ausschließlich in diesem Rahmen tätig werden oder sich um den Preis eines zusätzlichen Versicherungsschutzes die Option zur Annahme eigener Mandate offen halten wollen.¹⁰⁵

Die unzureichende Harmonisierung der Berufsrechte ist nicht nur verfassungsrechtlich bedenklich. Sie belastet auch die Attraktivität der interprofessionellen Zusammenarbeit, da hier stets die strengsten Voraussetzungen zu erfüllen sind (oben II.1.a)aa). Es kommt also zur Angleichung auf höchstem Niveau komm, was sich im Betrag der Versicherungsprämien widerspiegeln wird.

IV. Zusammenfassung

Die Ausführungen haben gezeigt, dass es bei der Gründung einer PartGmbH zahlreiche Fallstricke zu vermeiden gilt. Der Wechsel von einer in anderer Rechtsform betriebenen Berufsausübungsgesellschaft in eine PartGmbH muss daher sorgfältig vorbereitet werden. Zahlreiche haftungsrechtliche Fragen sind bislang nicht abschließend geklärt. Insbesondere ergeben sich aus der neuartigen Einführung einer Haftungsbeschränkung bei gleichzeitigem Verzicht auf einen Gläubigerschutz durch Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsgrundsätze bislang unbekannte Probleme, auf deren Lösung durch die Rechtsprechung man gespannt sein darf. Durch eine sachgerechte Gestaltung des Gesellschaftsvertrages lässt sich allerdings ein Großteil der Risiken vermeiden. Für diejenigen Berufsträger, die schon derzeit eine über der Mindestversicherung liegende Berufshaftpflichtversicherung unterhalten, und für die daher der Kostennachteil der neuen Gesellschaftsform nicht ins Gewicht fällt, wäre es geradezu grob unvernünftig, auf die Vorteile der PartGmbH zu verzichten. Ihnen ist der Wechsel dringend anzuraten, insbesondere wenn sie bislang als „Sozietät“ organisiert waren. „Kleinanwälte“ und ähnliche Berater, deren berufliche Risiken aufgrund der Mandatsstruktur durch die Mindestversicherungssumme hinreichend abgedeckt ist, werden sich dagegen enttäuscht abwenden.

98 Vgl. zur Versicherungspflicht der Steuerberatungsgesellschaften § 72 Abs. 1 i. V. m. § 67 Abs. 1 StBerG und § 51 Abs. 1 S. 1 DVStB; zu derjenigen der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften § 54 Abs. 1 S. 1 WPO und § 1 Abs. 1 S. 1 WPBHV.

99 Goetz in: Kuhls u.a., StBerG, 3. Aufl. 2012, § 67 Rn. 21; Maxl in: Hense/Ulrich, WPO, 2. Aufl. 2013, § 54 Rn. 18 f.

100 Maxl in: Hense/Ulrich (Fn. 99) § 54 Rn. 13, 18.

101 S. die Aufnahme der PartGmbH in §§ 67 Abs. 1, 2 StBerG, 51 Abs. 1 S. 2 DVStB und § 54 Abs. 1 S. 1 WPO.

102 § 51 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 S. 1 DVStB.

103 §§ 67 Abs. 1, 2 StBerG, 51 Abs. 1 S. 2 DVStB.

104 Nach *Kilian* MDR 2013, 1137 (1140) soll die Einbeziehung auf eine Rechtsauffassung der Steuerberaterkammern zurückgehen; die BStBK hat sich indes von Anfang an dagegen ausgesprochen, vgl. nur die Stellungnahme v. 25.6.2012, abrufbar unter www.bstbk.de/de/presse/stellungnahmen/archiv/20120625_stellungnahme_bstbk/index.html.

105 Für Wirtschaftsprüfer kommt eine entsprechende Freistellung allerdings nur im Rahmen der anerkannten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in Betracht, da sie keine gesetzlichen Prüfaufträge im Namen einer „einfachen“ Partnerschaft oder GbR ausführen dürfen (vgl. § 319 Abs. 1 S. 1 HGB) und die Möglichkeit zur persönlichen Annahme gesetzlicher Prüfaufträge Bedingung dafür ist, dass sie überhaupt an einer „einfachen“ Partnerschaft teilnehmen dürfen (§ 43a Abs. 2 S. 1 WPO).



Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

Der Autor ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, des dortigen Instituts für Anwaltsrecht sowie des Europäischen Zentrums für Freie Berufe (Foto vom Sozietätsrechtstag).

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.