

13.09.93

Empfehlungen
der Ausschüsse

R - Fz - G - K

zu **Punkt** der 660. Sitzung des Bundesrates am 24. September 1993

Entwurf eines Gesetzes zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften
und zur Änderung anderer Gesetze

A

14. SEP. 1993

Der federführende Rechtsausschuß (R),
der Finanzausschuß (Fz) und
der Gesundheitsausschuß (G)
empfehlen dem Bundesrat,
zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu
nehmen:

R

1. Zu den Eingangsworten

Die Eingangsworte sind wie folgt zu fassen:

"Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz
beschlossen:"

Begründung:

Das Gesetz bedarf gemäß Artikel 84
Abs. 1 GG der Zustimmung des Bundesra-
tes. Die Zustimmungsbedürftigkeit ergibt
sich daraus, daß in Artikel 2 Nr. 2
(§ 160 b Abs. 1 Satz 2 und 3) das Ver-
waltungsverfahren von Landesbehörden
geregelt wird.

Ausgeliefert am

Nach § 160 b Abs. 1 Satz 2 und 3 finden u.a. § 125 a und § 126 FGG - § 126 FGG mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Organe des Handelsstandes die Organe des Berufsstandes treten - entsprechende Anwendung. Danach haben unter anderem die Polizei- und Gemeindebehörden von den zu ihrer amtlichen Kenntnis gelangenden Fällen einer unrichtigen, unvollständigen oder unterlassenen Anmeldung zum Register dem Registergericht Mitteilung zu machen und haben Organe des Berufsstandes die Registergerichte bei der Verhütung unrichtiger Eintragungen, bei der Berichtigung und Vervollständigung des Partnerschaftsregisters sowie beim Einschreiten gegen einen unzulässigen Namensgebrauch zu unterstützen; sie sind berechtigt, zu diesem Zwecke Anträge bei den Registergerichten zu stellen und gegen Verfügungen der Registergerichte das Rechtsmittel der Beschwerde einzulegen. Darin liegt nicht nur eine Regelung des gerichtlichen Verfahrens, sondern zugleich auch eine Regelung des Verwaltungsverfahrens. In solchen Fällen ist Artikel 84 Abs. 1 GG anzuwenden (vgl. BVerfGE 55, 274, 321).

Die in den §§ 125 a, 126 FGG geregelten Pflichten enthalten mehr als nur eine Konkretisierung der Amtshilfe i.S. von Artikel 35 GG. Die Pflicht zur eigenständigen, fortlaufenden Überwachung und Mitteilung stellt eine eigenständige Mitwirkung an der Gesetzesausführung dar und geht über die punktuelle Erfüllung fremder Pflichten im Wege der Amtshilfe hinaus.

Zu Artikel 1 (§ 1 Abs. 2 PartGG)

- G 2. In Artikel 1 sind in § 1 Abs. 2 die Wörter "Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmasseur" zu ersetzen durch die Wörter "Heilpraktiker, Krankengymnasten, Physiotherapeuten, Logopäden, Beschäftigungs- und Arbeitstherapeuten, Hebammen, Entbindungspfleger, Masseure sowie Masseure und medizinische Badenmeister".
- Bei
Annahme
entfällt
Ziffer 3

Begründung:

Die genannten Berufe sind der Vollständigkeit halber mit aufzuführen, da es sich auch bei ihnen um anerkannte Heilberufe handelt, die in selbständiger Praxis ausgeübt werden können.

Die Berufsbezeichnung "Heilmasseur" gibt es nicht. Neben dem Masseur gibt es einen besonderen Beruf des "Masseurs und medizinischen Bademeisters".

- R 3. Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob weitere Berufe ausdrücklich in § 1 Abs. 1 PartGG aufgenommen werden sollten.
- Entfällt
bei
Annahme
von Ziffer
2

Begründung:

Dem Bundesrat liegen z. Zt. Entwürfe der Bundesregierung zur Regelung der Zulassung freier Berufe wie z.B. des psychologischen Psychotherapeuten (BR-Drucks. 523/93) und eines Masseur- und Physiotherapeutengesetzes (BR-Drucks. 524/93) zur Beratung vor.

Es erscheint angezeigt, die darin geregelten freien Berufe in die Aufzählung in § 1 Abs. 2 PartGG aufzunehmen, welcher sonst unvollständig wäre oder teilweise an einen alsbald überholten Sprachgebrauch anknüpfen würde.

Fz 4. Zu Artikel 1 (§ 1 Abs. 3 PartGG)

Der Bundesrat geht davon aus, daß § 1 Abs. 3 des Gesetzentwurfs, nach dem die partnerschaftliche Berufsausübung für einzelne Berufe ausgeschlossen oder von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden kann, unverändert bestehen bleibt.

R 5. Zu Artikel 1 (§ 1 Abs. 4 - neu - PartGG)

In Artikel 1 ist in § 1 nach Absatz 3 folgender Absatz 4 anzufügen:

"(4) Auf die Partnerschaft finden, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung."

Begründung:

Die Partnerschaft soll Personengesellschaft und Gesamthandsgemeinschaft sein. Allerdings ergibt sich die gesamthänderische Bindung des Partnerschaftsvermögens nicht aus den Vorschriften selbst und auch nicht aus den Verweisungen auf die Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft.

Auch fehlen durch die nicht erfolgte Verweisung auf die §§ 120 bis 122 HGB subsidiäre Gewinnverteilungsvorschriften. Schließlich sind die Rechtsfolgen des Ausscheidens eines Partners nicht vollständig geregelt. Der Entwurf geht davon

aus, daß ergänzend §§ 705 ff. BGB Anwendung finden. Eine ausdrückliche Verweisung ist allerdings nicht vorgesehen. Zur Vermeidung jeglichen Zweifels erscheint es zweckmäßig, wie in § 105 Abs. 2 HGB, auch bei der Partnerschaft eine Verweisung auf die Vorschriften der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts vorzusehen.

R 6. Zu Artikel 1 (§ 2 Abs. 1 PartGG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 in § 2 Abs. 1 nicht anstelle des Zusatzes "und Partner" oder "Partnerschaft" der Zusatz "Partnerschaftsgesellschaft" bindend vorgeschrieben werden sollte.

Begründung:

Um eine Verwechslung mit anderen, insbesondere bestehenden, Gesellschaftsformen auszuschließen, erscheint es angezeigt, daß die neuen Gesellschaften ausschließlich den die neue Gesellschaftsform kennzeichnenden Zusatz "Partnerschaftsgesellschaft" führen. Hierdurch kann eine dauerhafte Unterscheidbarkeit von den bislang bestehenden BGB-Gesellschaften, die mit den Zusätzen "und Partner" oder "Partnerschaft" am Rechtsverkehr teilnehmen, erreicht werden. Einer Übergangsvorschrift entsprechend § 11 des Entwurfs bedarf es dann nicht. Der zwingende Zusatz "Partnerschaftsgesellschaft" würde darüber hinaus den Besitzstand der bisherigen Partnerschaften bei ihrer Namensführung wahren.

Zu Artikel 1 (§ 2 Abs. 2 PartGG)

- R 7. Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 § 2 Abs. 2 im Hinblick auf die nach § 8 Abs. 2 mögliche Haftungsbeschränkung einer weitergehenden Konkretisierung bedarf, soweit § 2 Abs. 2 auch § 19 Abs. 4 des Handelsgesetzbuches für entsprechend anwendbar erklärt.

Begründung:

Nach § 8 Abs. 2 können die Partner ihre persönliche Haftung für Ansprüche aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung auf bestimmte Partner beschränken und sich von der persönlichen Haftung freizeichnen. § 19 Abs. 4 des Handelsgesetzbuches, den § 2 Abs. 2 für den Namen der Partnerschaft entsprechend anwendbar erklärt, schreibt vor, daß die Namen anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter nicht in die Firma aufgenommen werden dürfen. Ausgehend von § 8 Abs. 2 besteht zumindest in Einzelfällen die Möglichkeit, daß der im Namen der Partnerschaft aufgeführte Partner für bestimmte Einzelgeschäfte gerade nicht haftet.

- R 8. Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die in § 2 Abs. 2 PartGG enthaltene Verweisung auf § 24 Abs. 2 HGB unter Berücksichtigung des sachlich Gewollten auch auf § 24 Abs. 1 HGB erstreckt werden muß.

Begründung:

Nach § 2 Abs. 2 1. Halbsatz PartGG soll u.a. die Bestimmung des § 24 Abs. 2 HGB für entsprechend anwendbar erklärt werden. Da sich diese Vorschrift ausschließlich auf den Fall der Fortführung der Firma bei Ausscheiden eines Gesellschafters bezieht, würde dieser Regelungsgehalt nicht mit der Begründung des Gesetzentwurfs korrespondieren, nach der von der entsprechenden Anwendbarkeit des § 24 HGB neben dem Ausscheiden auch der Eintritt eines Partners erfaßt werden soll (vgl. Begründung Seite 28, letzter Absatz der BR-Drucks. 516/93). Insoweit erscheint daher eine Überprüfung und ggf. eine Abstimmung mit der textlichen Fassung von § 2 Abs. 2 PartGG erforderlich.

- R 9. Zu Artikel 1 (§§ 4 bis 7 PartGG),
Artikel 2 (Änderung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen
Gerichtsbarkeit),
Artikel 3 (Änderung des Rechtspflegergesetzes) und
Artikel 4 (Änderung der Kostenordnung)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob der Entwurf so umgestaltet werden kann, daß auf die Führung des Partnerschaftsregisters verzichtet werden kann.

Begründung:

Sollte die Annahme der Bundesregierung zutreffen, daß für die Partnerschaftsgesellschaft als Organisationsform für freie Berufe ein Bedürfnis besteht, so muß angesichts der großen Zahl der Angehörigen freier Berufe und mit Rücksicht auf die große Fluktuation bei Zusammenschlüssen von Angehörigen freier Berufe, die zu einer Vielzahl von Änderungseintragungen führen würde, mit einer erheblichen Mehrarbeit der Amtsgerichte gerechnet werden, die angesichts der bereits jetzt bestehenden Überlastung nicht bewältigt werden kann. Der Hinweis in der Begründung - Seite 16 - auf weitgehend kostendeckende Gebühren vermag daran nichts zu ändern, da gegenwärtig auch bei zusätzlichen Gebühreneinnahmen kein zusätzliches Personal bewilligt wird, vielmehr der vorhandene Personalbestand reduziert werden muß.

Die Übertragung neuer Aufgaben auf die Gerichte widerspricht dem - z.B. mit dem Rechtspflegeentlastungsgesetz zum Ausdruck gebrachten - Bestreben des Gesetzgebers, die Gerichte in möglichst weitem Umfang zu entlasten, und ist vor dem Hintergrund der äußerst angespannten Haushaltslage der Länder nicht vertretbar, wenn für die Mehrarbeit der Gerichte kein unabweisbares Bedürfnis nachgewiesen ist. Ein Bedürfnis in diesem Sinn ist angesichts des geltenden Gesellschaftsrechts für die Partnerschaftsgesellschaft nicht ersichtlich.

R 10. Zu Artikel 1 (§ 4 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 - neu - PartGG)

In Artikel 1 ist in § 4 Abs. 2 das Wort "nachzuweisen" durch das Wort "anzugeben" zu ersetzen und folgender Satz anzufügen:

"Das Registergericht legt bei der Eintragung die Angaben der Partner zugrunde, es sei denn, ihm ist deren Unrichtigkeit bekannt."

Begründung:

Der geforderte Nachweis ist in vielen Fällen nicht oder nur unter erschwerten Umständen zu erbringen. Die neue Gesellschaftsform ist nicht nur den verkammerten Berufen eröffnet, sondern soll einer nicht bestimmten Anzahl von freien Berufen offenstehen (ausdrückliche Einbeziehung der den Katalogberufen des § 1 Abs. 2 ähnlichen Berufe). Es ist ein Nachweis nicht nur dahingehend zu führen, daß ein Beruf nach § 1 Abs. 2 ausgeübt wird, sondern auch, daß es sich dabei um kein Handelsgewerbe handelt. Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 1 Satz 2. Bei verkammerten Berufen ist ein Nachweis nicht übermäßig problembehaftet. Schwieriger ist er hingegen z.B. bei Künstlern oder Schriftstellern. Bei den

künstlerischen Berufen können sich häufig Abgrenzungsprobleme zu kunstgewerblichen Tätigkeiten ergeben. Kompliziert ist die Lage bei den "ähnlichen Berufen" (vgl. hierzu die Nachweise bei Schmidt, EStG, 12. Auflage, 1993, § 18 Nr. 24 zur Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zur Abgrenzung von freiberuflichen und gewerblichen Tätigkeiten).

Mit der Nachweispflicht der anmeldenden Partner korrespondiert eine Prüfungspflicht des Registergerichts. Die Registergerichte wären gerade bei den nicht verkammerten Berufen überfordert, die vielen z.T. tatsächlich und rechtlich schwierigen Prüfungen vorzunehmen. Eine gewisse Abhilfe läßt sich dadurch erzielen, daß bei der Anmeldung auf eine volle Nachweispflicht verzichtet und die Angabe des freien Berufes für ausreichend erachtet wird. Das Registergericht soll bei der Eintragung zunächst von diesen Angaben ausgehen dürfen. Eine große Zahl unrichtiger Eintragungen steht nicht zu befürchten, weil über § 160 b FGG die §§ 125 a und 126 FGG anwendbar sind und über entsprechende Mitteilungen etwaige Korrekturen vorgenommen werden können.

R 11. Zu Artikel 1 (§ 8 Abs. 2 PartGG)

In Artikel 1 ist § 8 Abs. 2 wie folgt zu fassen:

"(2) Die Partner können ihre Haftung gemäß Absatz 1 Satz 1 für Ansprüche aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung durch Vereinbarung auf einzelne namentlich bezeichnete Partner beschränken, die innerhalb der Partnerschaft die berufliche Leistung erbringen oder verantwortlich leiten und überwachen sollen. Die Zustimmungserklärung zu einer solchen Beschränkung darf keine anderen Erklärungen enthalten und muß vom Auftraggeber unterschrieben sein."

Begründung:

Die im Entwurf vorgesehene ausdrückliche Zulassung der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen bei der Kanalisierung der Haftung auf einzelne Partner ist nicht sachgerecht. Die Vorschrift könnte sonst, wie nach der Begründung auch beabsichtigt ist, so verstanden werden, daß eine Inhaltskontrolle nach den §§ 9 bis 11 AGB-Gesetz ausgeschlossen werden soll (vgl. auch die in der Begründung zitierte Entscheidung BGHZ 100, 157, 182 zu § 651 h BGB). Für eine solche Ausnahme vom AGB-Gesetz gibt es keinen rechtfertigenden Grund. Ein Vergleich mit dem Massengeschäft des Reisevertrages nach § 651 h BGB ist bei einer solchen grundlegenden Abrede im Rahmen eines komplexen Vertragsverhältnisses nicht tragfähig. Wenn die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Gesetzestext nicht erwähnt wird, ist eine Beschränkung auch auf diesem Wege möglich. Die Inhaltskontrolle wird in aller Regel nicht zur Unwirksamkeit führen. Wenn aber im Einzelfall die Voraussetzun-

gen des § 9 AGB-Gesetz gegeben sein sollten, so ist nicht ersichtlich, weswegen die Rechtsfolge dieser Bestimmung nicht eintreten sollte.

Die Formulierung "der innerhalb der Partnerschaft die berufliche Leistung zu erbringen oder verantwortlich zu leiten oder zu überwachen hat" ist nicht hinreichend klar. Es ist nicht erkennbar, ob es auf die interne Aufgabenverteilung innerhalb der Partnerschaft oder auf die jeweilige fachliche Kompetenz oder auf die Vereinbarung mit dem Auftraggeber ankommen soll. Angemessen ist es, wenn auf die Vereinbarung mit dem Auftraggeber abgestellt wird. Außerdem ist es zur Vermeidung von Streitigkeiten geboten, das jeweilige Mitglied der Partnerschaft namentlich zu benennen.

Da die Beschränkungen der persönlichen Haftung auf ein Mitglied der Partnerschaft nicht ohne weiteres mit den Erwartungen übereinstimmt, die das Publikum an eine Partnerschaft hat, ist es angemessen, die Einverständniserklärung in einer gesonderten Urkunde zu verlangen. Nur dann sind die Auftraggeber hinreichend davor geschützt, daß sie die ihnen abverlangte Erklärung übersehen. Im übrigen hat die Bundesregierung einer derartigen Regelung bei der vergleichbaren Situation im Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates bereits zugestimmt (BT-Drucks. 12/4993 S. 52 - zu Nr. 5 -).

Fz 12. Zum Gesetzentwurf allgemein

Der Bundesrat erwartet, daß eine Anpassung der Kostenordnung vorgenommen wird, wenn die sich aus dem Gesetzentwurf ergebenden Mehrkosten nicht von den Gebühreneinnahmen abgedeckt werden.

B

13. **Der Ausschuß für Kulturfragen**

empfiehlt dem Bundesrat,

gegen den Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes keine Einwendungen zu erheben.