

Dario Wind*

Welche Folgen ergäben sich aus einer Öffnung der KG für Freiberufler?

Abstract

Im Jahr 2007 wurde das österreichische HGB einer Reform unterzogen, welche zu einer weiten Öffnung der KG führte. Nunmehr steht es auch Freiberuflern offen, sich dieser Rechtsform zu bedienen. In Deutschland blieb es mit der Partnerschaftsgesellschaft hingegen bei einer eigenen Rechtsform für Freiberufler. Ausgehend davon stellt sich die Frage, ob auch die deutsche KG für Freiberufler geöffnet werden sollte. Auf dem 71. Deutschen Juristentag wurde sich dafür in Beschluss Nr. 30 positiv ausgesprochen. Dieser Beitrag untersucht die Folgen, welche hieraus entstehen würden. Vorangestellt wird ein Rechtsformenvergleich zwischen der KG und den bisher für Freiberufler zugängigen Rechtsformen. Im Anschluss wird untersucht, wie die Öffnung der KG gesetzestechnisch zu vollziehen ist und welche rechtssystematischen Probleme sich daraus ergeben.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im siebten Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt Gesellschaftsrecht. Dieser Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff in Kooperation mit Dr. Eberhard Schollmeyer, LL.M. im Sommersemester 2018 gestellt wurde.

A. Einleitung

Im Jahre 2007 wurde in Österreich die Unterscheidung zwischen gewerblichen und sonstigen unternehmerischen, insbesondere freiberuflichen Unternehmensgegenständen, durch die Einführung eines Unternehmensgesetzbuches aufgehoben.¹ Seither stellt sich auch in Deutschland zunehmend die Frage, ob die Dreiteilung des Personengesellschaftsrechts zwischen BGB-Gesellschaft, Handelsgesellschaft und Berufsausübungsgesellschaft durch eine Zweiteilung in BGB-Gesellschaft und Unternehmenspersonengesellschaft abgelöst werden sollte.² Zur Beantwortung dieser Frage müssen zunächst die Auswirkungen herausgearbeitet werden, die eine Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für andere Berufsgruppen als Gewerbetreibende hätte. Dieser Beitrag befasst sich deshalb mit den Folgen, welche die Öffnung der Kommanditgesellschaft für Freiberufler mit sich bringt.

Die Beantwortung dieser Frage wird dreigliedrig herausgearbeitet. Zunächst werden die Folgen der neuen Organisationsfreiheit für die Praxis anhand eines Rechtsformenvergleichs mit den bisher für Freiberufler zugänglichen Gesellschaftsformen aufgezeigt (**B.**). Anschließend werden die gesetzlichen Möglichkeiten der Öffnung der KG diskutiert, um sodann zu untersuchen, welche dogmatischen und gesetzestechnischen Probleme sich daraus ergeben würden. Weiter werden Lösungsvorschläge, für die sich ergebenden Herausforderungen evaluiert (**C.**). Zuletzt wird anhand der aufgezeigten Folgen und Probleme ein Fazit dahingehend gezogen, ob die Öffnung der KG unter der derzeitigen Gesetzeslage zu empfehlen ist (**D.**).

B. Folgen neuer Organisationsfreiheit

I. Freiberuflern bisher zugängliche Gesellschaftsformen

Die Vorschriften in den verschiedenen Berufsrechten der Freiberufler treffen verschiedenartige Bestimmungen über die Organisationsfreiheit in Gesellschaftsformen. Dementsprechend ist nicht jede Gesellschaftsform jeder freiberuflichen Tätigkeit in gleichem Maße zugänglich. Sofern ein vertieftes Eingehen auf die Berufsrechte erforderlich ist, wird dies zur Wahrung des Umfangs des Beitrags auf das Berufsrecht der Rechtsanwälte beschränkt.

¹ *Schäfer*, Gutachten, Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 1, S. E 3 (E 10).

² *K. Schmidt*, Neuregelung des Rechts der Personengesellschaften? – Vorüberlegungen für eine konsistente Reform, ZHR 2013, 712 (728); *Schäfer* (Fn. 1), S. E 10.

1. Personengesellschaften

a) Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Jedem Freiberufler steht die GbR als Gesellschaftsform offen. Diese ist durch eine analog § 128 HGB unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter neben der Gesellschaft gekennzeichnet.³ Der Gesellschaftsvertrag kann formlos geschlossen werden⁴ und die GbR ist eine universell einsetzbare Rechtsform. Es bestehen keine besonderen Publizitäts- und Bilanzerfordernisse und der Gesellschaftsvertrag kann weitgehend autonom gestaltet werden.⁵

b) PartG und PartG mbB

Die Partnerschaftsgesellschaft (PartG) ist gemäß § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 PartGG jeder freiberuflichen Tätigkeit geöffnet, wenn das Landesrecht dies gestattet. Insoweit wird nur Apothekern gemäß § 8 Apothekengesetz untersagt, sich in einer PartG zu organisieren.⁶ In der PartG haften nach § 8 Abs. 1 S. 1 PartGG die Gesellschaft und die Gesellschafter persönlich für Geschäftsschulden. Charakteristisch ist jedoch, dass gemäß § 8 Abs. 2 PartGG die persönliche Haftung insofern auf eine Handelndenhaftung konzentriert wird, als für berufliche Fehler nur diejenigen Partner persönlich haften, welche mit der Bearbeitung des entsprechenden Auftrages befasst waren. Hervorzuheben ist auch, dass die als Personengesellschaft besteuerte PartG keine Gewerbesteuer kraft Rechtsform gemäß § 2 Abs. 2 GewStG zahlen muss.

Als Variante der PartG⁷ wurde im Jahre 2013 die PartG mbB als Alternative zur englischen LLP eingeführt.⁸ Sie ermöglicht gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG den Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter für fehlerhafte Berufsausübung, wenn die Partnerschaft zum Ausgleich dieser Schäden eine zusätzliche Berufshaftpflichtversicherung unterhält. Somit haftet den Gläubigern für Berufsausübungsfehler nur das Gesellschaftsvermögen, während für andere Geschäftsschulden weiterhin die Gesellschafter neben der Gesellschaft persönlich haften.

³ BGH, NJW 2001, 1056 (1061); Grunewald, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 1 Rn. 113.

⁴ Servatius, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 705 HGB Rn. 17.

⁵ Schücking, in: MHdb GesR I, 4. Aufl. 2014, § 1 Rn. 1; Saenger, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 3 Rn. 109.

⁶ Schäfer, in: Ulmer/Schäfer, GbR PartG, 7. Aufl. 2017, § 1 PartGG Rn. 79 f.

⁷ OLG Nürnberg, NZG 2014, 422 (422).

⁸ Henssler, Die LLP die bessere Alternative zur PartG mbB?, NJW 2014, 1761 (1761).

§ 8 Abs. 4 S. 1 PartGG fordert aber eine Komplementärvorschrift im jeweiligen Berufsrecht, die besondere Regelungen für die nötige Berufshaftpflichtversicherung enthält. Die Gesetzgebungskompetenz für die Berufsrechte liegt teils beim Bund und teils bei den Ländern, welche sich mit der Schaffung entsprechender Regelungen zurückhielten.⁹ Bei Einführung der PartG mbB sahen lediglich die Berufsrechte der Rechts- und Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer eine solche Versicherung vor.¹⁰ Nachfolgend wurde diese bundeslandabhängig auch für Architekten,¹¹ beratende Ingenieure¹² und Heilberufe¹³ eingefügt. Deswegen ist der Weg in eine PartG mbB nur länder- und berufsgruppenabhängig eröffnet.

c) Ausländische Rechtsformen – insbesondere die britische LLP

Als Folge der europäischen Niederlassungsfreiheit können Freiberufler sich auch in Gesellschaftsformen anderer europäischer Länder organisieren und ihren effektiven Verwaltungssitz in Deutschland behalten. Als besonders beliebte Organisationsform von Freiberuflern ist die LLP britischen Rechts hervorzuheben.¹⁴

Die LLP ist dadurch gekennzeichnet, dass sie keine Mindestkapitalisierung erfordert und zudem für jegliche Gesellschaftsverbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet.¹⁵ Sie wurde im System des britischen Rechts entworfen und wird dort dadurch ergänzt, dass sich aus dem Institut des *tort of negligence* eine Vertrauenshaftung für berufliche Fehler ergibt.¹⁶ Diese Haftung ist im deutschen Vertragsrecht jedoch so nicht existent. Eine persönliche Haftung der Gesellschafter kann in Deutschland allein in den Ausnahmefällen einer Haftung aus Delikt entstehen.¹⁷ Darüber hinaus unterliegt die LLP in Deutschland auf-

⁹ Eine Übersicht zu den bestehenden berufsrechtlichen Regeln findet sich bei: *Lieder/Hoffmann*, Die PartG mbB – Rechtstatsachen und Rechtsprobleme, NJW 2015, 897 (900 f.).

¹⁰ Z.B. § 10 BauKAG NRW; Art. 9 Abs. 3 i. V. m. Art. 8 Abs. 5 BayBauKAG.

¹¹ § 4b Abs. 3 S. 3 NArchG.

¹² § 7 Abs. 2 S. 6 NIngG.

¹³ Art. 18 Abs. 2 BayHKaG.

¹⁴ *Hensler/Mansel*, Die Limited Liability Partnership als Organisationsform anwaltlicher Berufsausübung, NJW 2007, 1393 (1393).

¹⁵ *Bank*, Die britische Limited Liability Partnership: Eine attraktive Organisationsform für Freiberufler?, 2006, S. 94.

¹⁶ *House of Lords, Donoghue v. Stevenson*; 26.5.1932, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, 28.5.1963, [1964] A.C. 465; *Williams v. Natural Life Health Foods Ltd.*, 30.4.1998, [1998] 2 All ER 577.

¹⁷ *Triebel/Sihny*, Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer in Deutschland tätigen englischen Rechtsanwalts-LLP, NJW 2008, 1034 (1035).

grund ihrer Vergleichbarkeit mit der PartG auch einer ähnlichen Besteuerung¹⁸ und hat keine besonderen Buchführungs- und Publizitätspflichten.

2. Kapitalgesellschaften

Auch GmbH,¹⁹ AG²⁰ und KGaA²¹ stehen Freiberuflern zur Verfügung. Diese Kapitalgesellschaften ermöglichen, mit Ausnahme der KGaA, allesamt den Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter. Im Gegenzug bestehen aber erhöhte Gründungsanforderungen, das Erfordernis einer Mindestkapitalisierung, Buchführungs- und Publizitätspflichten und eine Besteuerung als Kapitalgesellschaft. Zudem muss eine zusätzliche Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen werden und es besteht gemäß § 2 Abs. 2 GewStG kraft Rechtsform eine Gewerbesteuerpflicht.

II. Die „Freiberufler-KG“ und deren Gestaltungsformen

1. „Reine“ Freiberufler-KG

Das Handelsrecht bestimmt in §§ 161 Abs. 1, 2, 105 Abs. 2 S. 1 HGB, dass die KG eine zweckgebundene Rechtsform ist,²² die nur bei Ausübung eines Handelsgewerbes, Kleingewerbes oder zur Vermögensverwaltung gegründet werden kann. Freiberufliche Tätigkeiten fallen nicht unter den herkömmlichen Gewerbebegriff²³ und können aus diesem Grund nicht in der Rechtsform der KG ausgeübt werden. Wird die Kommanditgesellschaft *de lege ferenda* für freiberufliche Tätigkeiten geöffnet, können sich Freiberufler in dieser Gesellschaftsform organisieren. Ihr Wesensmerkmal besteht darin, dass es gemäß § 161 Abs. 1 HGB zwei Gruppen von Gesellschaftern gibt. Die Komplementäre, die gemäß §§ 161 Abs. 2, 128 S. 1 HGB persönlich unbeschränkt haften, und die Kommanditisten, deren persönliche Haftung sich gemäß § 171 Abs. 1 HGB auf ihre Einlage beschränkt.

Freiberuflern wird somit im Fall einer Beteiligung als Kommanditist ermöglicht, ihre persönliche Haftung auf ihre Einlage zu beschränken. Zwar sind die Kommanditisten gemäß § 164 S. 1 HGB von der Geschäftsführung ausgeschlossen und gemäß § 170 HGB nicht zur Vertretung befugt, jedoch kann ihnen im Ge-

¹⁸ Henssler/Mansel (Fn. 14), S. 1400.

¹⁹ §§ 59c ff. BRAO.

²⁰ Nicht kodifiziert, aber u. a. in BGH, NJW 2005, 1568 (1570) zugelassen.

²¹ BGH, NJW 2005, 1568 (1570).

²² BGH, NZG 2011, 1063 (1665).

²³ Kindler, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB I, 3. Aufl. 2014, § 1 Rn. 38 f.; Roth, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, 8. Aufl. 2015, § 1 Rn. 13 ff.

sellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung eingeräumt²⁴ und rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht erteilt werden.²⁵

2. Freiberufler-GmbH & Co. KG

Bei einer Öffnung der KG für Freiberufler stellt sich die Anschlussfrage, ob sich auch Freiberufler, denen eine GmbH & Co. KG bisher nicht offenstand, in einer personengleichen GmbH & Co. KG organisieren können. Personengleichheit meint, dass dieselben Personen Gesellschafter der GmbH und der KG sind. Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern stand die KG schon gemäß § 27 Abs. 2 WPO und § 49 Abs. 2 StBerG insofern zur Verfügung, als dass zumindest neben dem prägenden Gesellschaftsgegenstand die Treuhandtätigkeit verfolgt werden musste, welche die gesamte Tätigkeit als Gewerbe qualifizierte.²⁶ Die Kombination mit § 28 Abs. 1 S. 2 WPO und § 50 Abs. 2 S. 3 StBerG ermöglicht für sie auch die personengleiche GmbH & Co. KG.

Diese mit dem Stichwort der „Treuhandtätigkeit“ gerechtfertigte Ungleichbehandlung zu anderen Freiberuflern ist besonders gewichtig unter dem Aspekt, dass bisher nicht in jedem Berufsrecht die Vorschrift zur Berufshaftpflichtversicherung gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG eingefügt wurde und demzufolge nicht jeder Freiberuflergruppe eine Personengesellschaft, die eine Haftungsbeschränkung zulässt, zugänglich ist.²⁷

Die Zulässigkeit einer Freiberufler-GmbH & Co. KG bestimmt sich nach den jeweiligen Berufsrechten der Freiberufler, welche die Organisationsfähigkeit in den zur Verfügung gestellten Gesellschaften regeln.²⁸ Nachfolgend wird das Berufsrecht von Rechtsanwälten untersucht. Wird eine GmbH Komplementärin einer Rechtsanwalts-KG, ist zu untersuchen, welcher Natur die GmbH sein darf. § 59c Abs. 2 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) untersagt es einer Rechtsanwalts-gesellschaft, sich an einer berufsgleichen Gesellschaft zu beteiligen. Eine Rechtsanwalts-GmbH könnte demnach nicht als Komplementärin auftreten, wenn die Kommanditisten gleichläufig den Rechtsanwaltsberuf ausüben.

²⁴ Haas/Mock, in: Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 164 Rn. 14.

²⁵ Grunewald (Fn. 3), § 17 Rn. 16.

²⁶ Zur näheren Begründung, weshalb die partielle Treuhandtätigkeit eine Tätigkeit als Gewerbe qualifizieren soll: BGH, NZG 2014, 1179 (1180 ff.).

²⁷ Henssler, Brauchen wir ein zusätzliches sozietätsspezifisches Berufsrecht? 12 Thesen zum Reformbedarf im Recht der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften, AnwBl 2014, 762 (762).

²⁸ Brüggemann, in: Feuerich/Weyland, BRAO, 9. Aufl. 2016, § 59a Rn. 9.

Ebenfalls wären vermögensverwaltende oder sonstige GmbH als Komplementärin gemäß § 59e BRAO unzulässig. § 59e BRAO bestimmt, dass nur natürliche Personen,²⁹ die sozietätsnahen Berufen gemäß § 59a Abs. 1 S. 1, 2 BRAO angehören, sich an einer Rechtsanwalts-gesellschaft beteiligen dürfen. Somit ist jede „Kapitalgesellschaft & Co. Rechtsanwalts-KG“ von der BRAO untersagt. Die verbleibende Möglichkeit besteht darin, dass sich die Rechtsanwälte nicht in der KG, sondern in der GmbH organisieren, welche sich dann selbst als Komplementärin an einer KG beteiligt, die eine andere sozietätsnahe Tätigkeit ausübt.³⁰ Dem entspräche z. B. die Beteiligung an einer Wirtschaftsprüfungs- oder Steuerberatungs-KG.

Im Ergebnis sind eine personengleiche Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG und auch andere personengleiche Rechtsanwalts-Kapitalgesellschaften & Co. KG selbst bei einer Öffnung der KG für Freiberufler nicht möglich. Allerdings zeigt schon der Vergleich von Rechtsanwälten zu Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern, dass die Öffnung der personengleichen Freiberufler-GmbH & Co. KG allein von den jeweiligen Berufsrechten abhängig ist. So wäre es z. B. bayerischen Apothekern nach der Öffnung der KG möglich, eine GmbH & Co. KG zu betreiben. Eine derart willkürliche Ungleichbehandlung der Freiberuflergruppen, ausgelöst durch Berufsrechte, bei deren Schaffung die Organisationsfreiheit in der GmbH & Co. KG noch nicht von Relevanz war, ist allerdings nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbaren.

3. Einhergehende Öffnung der OHG?

Die Öffnung der KG könnte auch eine Öffnung der OHG für Freiberufler erforderlich machen. Dann müsste auch § 105 HGB, der die Zweckgebundenheit der OHG bestimmt und sie nur für Gewerbetreibende öffnet, *de lege ferenda* angepasst werden. Für eine einheitliche Öffnung der OHG spricht, dass der Wegfall der Kommanditisten normalerweise dazu führt, dass sich die KG in eine OHG wandelt. Zudem gibt es keine Gründe dafür, zwischen den Öffnungsvoraussetzungen einer OHG und einer KG zu unterscheiden.

III. Rechtsformenvergleich

Im Folgenden werden die Charakteristika der Freiberufler-KG und Freiberufler-GmbH & Co. KG mit den bisher für Freiberufler zugänglichen Gesell-

²⁹ Brüggemann, in: Feuerich/Weyland (Fn. 28), § 59e Rn. 1.

³⁰ Keller, Rechtsanwalts-gesellschaft, GmbH & Co. KG, freier Beruf, Handelsgewerbe, EWiR 2011, 705 (706); Henssler/Strecke, Handbuch Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2011,

schaftsformen verglichen. Dabei wird insbesondere auf das Haftungsregime (1.), die Besteuerung (2.) und die Kosten der einzelnen Gesellschaftsformen (3.) eingegangen. Es wird untersucht, ob eine Gesellschaftsform besonders vorteilhaft für Freiberufler ist.

1. Haftung

Die bisher umfassendste Haftungsbeschränkung für Freiberufler besteht dann, wenn sie sich in einer LLP zusammenschließen. Eine persönliche Haftung ist – mit Ausnahme der Haftung aus unerlaubter Handlung – ausgeschlossen. Auch die Kapitalgesellschaften und die GmbH & Co. KG sehen einen völligen Ausschluss der persönlichen Haftung vor. Die reine KG birgt den Haftungs- nachteil, dass zwingend ein Komplementär vorhanden sein muss, der persönlich haftet und die PartG mbB beschränkt die Haftung nur auf berufliche Fehler und nicht auf sonstige Gesellschaftsverbindlichkeiten. Bei einem reinen Haftungsvergleich sind demnach die LLP, die GmbH & Co. KG und die Kapitalgesellschaften besonders vorteilhaft.

2. Besteuerung

Für einen Besteuerungsvergleich der Gesellschaftsformen muss zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften unterschieden werden. Die Personengesellschaften unterliegen der transparenten Besteuerung, bei welcher der Gewinn den Gesellschaftern zugerechnet wird, wohingegen die Kapitalgesellschaften selbstständige Steuerrechtssubjekte sind.³¹

Vorteile in der Besteuerung als Personengesellschaften bestehen zunächst darin, dass die Gesellschafter einer Personengesellschaft gemäß § 15a EStG eine Verlustverrechnung aufstellen können, was Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft verwehrt ist.³² Die Verlustverrechnung erfolgt bei beschränkt haftenden Gesellschaftern zwar nur bis zur Höhe der Einlage, kann aber auch mit zukünftigen Gewinnen verrechnet werden.³³ Darüber hinaus bietet die Besteuerung als Personengesellschaft gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GewStG einen Freibetrag i. H. v. 24.500 € für die Gewerbesteuer.

S. 529 ff.; *Henssler*, Keine Organisationsfreiheit für Rechtsanwälte – Das Verbot der Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG, NZG 2011, 1121 (1123).

³¹ *Beck/Daumke/Perbey/Radeisen*, Grundriss des deutschen Steuerrechts, 7. Aufl. 2015, S. 237.

³² *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 20. Aufl. 2017, § 6 Rn. 1164.

³³ *Ebd.*, § 6 Rn. 1165.

Die PartG und LLP unterliegen allerdings nicht gemäß § 2 Abs. 2 GewStG kraft Rechtsform der Gewerbesteuer. Liegen tatsächlich nur Einnahmen aus freiberuflicher Tätigkeit vor, besteht nach §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 2 GewStG, § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG keine Gewerbesteuerpflicht. Im Gegensatz hierzu sind Kapitalgesellschaften gemäß § 2 Abs. 2 GewStG in vollem Umfang kraft Rechtsform gewerbesteuerpflichtig. Dies wirkt sich auch auf eine Freiberufler-GmbH & Co. KG aus. Einkünfte werden nur dann als solche aus freiberuflicher Tätigkeit qualifiziert, wenn alle Gesellschafter einen freien Beruf i. S. d. § 18 EStG ausüben. Erfüllt auch nur ein Gesellschafter diese Voraussetzungen nicht, gilt er als Berufsfremder und die Einkünfte werden vollumfänglich als gewerblich qualifiziert.³⁴

Wird eine GmbH, welche gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 GewStG kraft Rechtsform der Gewerbesteuer unterliegt, als Komplementärin einer KG eingesetzt, prägt sie nur dann nicht die Einkunftsart, wenn sie keine Mitunternehmerstellung hat. Die Mitunternehmerstellung wird anhand der Merkmale Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerisiko beurteilt.³⁵ Diese liegen bei der Komplementär-GmbH, die alleinige Komplementärin ist, aber zwingend in jeder Sachverhaltsgestaltung vor, weil ihre Vertretungsmacht gemäß §§ 125, 170 HGB nicht ausgeschlossen werden kann und ein ständiges Haftungsrisiko besteht. Die Freiberufler-GmbH & Co. KG unterliegt also in jeder Konstellation der Gewerbesteuer.³⁶ Die Gewerbesteuer kann jedoch in Teilen auf die Einkommenssteuer angerechnet werden, was dazu führt, dass in Gemeinden mit einem Gewerbesteuerhebesatz von bis zu 400 % die Belastung durch die Gewerbesteuer vollständig durch Anrechnung auf die Einkommenssteuer aufgewogen wird.³⁷

Im Ergebnis bedeutet dies, dass die GmbH & Co. KG mit der PartG, LLP und KG steuerlich nur in Gemeinden konkurrenzfähig ist, in denen die Gewerbesteuer vollständig auf die Einkommenssteuer angerechnet werden kann. Des Weiteren unterliegen die ausschüttenden Kapitalgesellschaften, welche um ca. 2,4 Prozentpunkte höher besteuert werden als laufend besteuerte Personengesellschaften, beim Besteuerungsvergleich, insoweit sie keine Thesaurierungsziele verfolgen.³⁸

³⁴ *Salger*, in: MHdb GesR I (Fn. 5), § 37 Rn. 10.

³⁵ *BFH*, DStR 2012, 2532 (2534).

³⁶ *Kubata/Riegler/Straßen*, Zur Gewerblichkeit freiberuflich tätiger Personengesellschaften, DStR 2014, 1949 (1953).

³⁷ *Henssler* (Fn. 30), S. 1126.

³⁸ *Grashoff/Kleinmanns*, Aktuelles Steuerrecht 2017, 13. Aufl. 2017, Kap. 2 Rn. 362.

3. Kosten

Der Kostenvergleich lässt sich auf die Parameter der Versicherungs-, Gründungs- und Betriebskosten erstrecken. Bei den Versicherungskosten zeigt sich, dass sowohl für die PartG mbB gemäß § 51a BRAO, als auch für die Kapitalgesellschaften³⁹ gemäß § 59j BRAO bei Rechtsanwälten eine zur Berufshaftpflichtversicherung zusätzliche Versicherung abgeschlossen werden muss, die einen Deckungsbetrag von je 2,5 Mio. € pro Schadensfall und mind. 10 Mio. € Jahreshöchstleistung vorsehen.

§ 59j BRAO galt zwar ursprünglich für die GmbH,⁴⁰ wurde jedoch auf alle Kapitalgesellschaften ausgeweitet.⁴¹ Der Regelungszweck der §§ 59j und 51a BRAO – die nicht vorhandene persönliche Haftung einer natürlichen Person auszugleichen⁴² – wäre auch auf die GmbH & Co. KG, bei der auch keine natürliche Person persönlich haftet, zutreffend und bei einer Öffnung dieser Rechtsform für Anwälte analog darauf anzuwenden. Eine analoge Anwendung kann aber nicht auf die LLP stattfinden, weil der Gesetzgeber eine diesbezügliche Regelung bewusst nicht vorgenommen hat.⁴³ Somit bestehen die erhöhten Versicherungskosten für Anwälte nicht bei der GbR, PartG, LLP und der reinen KG.

Die Gesellschaftsverträge der Kapitalgesellschaften bedürfen im Unterschied zu den Gesellschaftsverträgen der Personengesellschaften zudem einer notariellen Beurkundung, vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG, § 23 Abs. 1 S. 1 AktG und erfordern ein gezeichnetes Kapital in gewisser Höhe, vgl. § 5 Abs. 1 GmbHG, § 7 AktG. Gründungskosten und Mindestkapitalisierung liegen somit weit über denen der Personengesellschaften. Darüber hinaus bestehen bei den Kapitalgesellschaften Buchführungspflichten und die Publizitätspflicht, welche einen zusätzlichen Kostenfaktor darstellen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Personengesellschaften, bei denen eine natürliche Person persönlich haftet und die LLP in der Errichtung, Versicherung und dem Betrieb am kostengünstigsten sind.

³⁹ BGH, MittBayNot 2005, 324 (327); *Kempter/Kopp*, Zulässigkeit und berufsrechtliche Zulassung der Rechtsanwalts-Aktiengesellschaft, NZG 2005, 582 (583).

⁴⁰ *Römermann*, in: BeckOK-BORA, Ed. 21, Stand: 1.9.2018, § 59j BRAO Rn. 5; *Kleine-Cosack*, BRAO 7. Aufl. 2015, § 59j Rn. 4.

⁴¹ BGH, MittBayNot 2005, 324 (327).

⁴² *BVerfG*, NJW 2001, 1560 (1561).

⁴³ BT-Drucks. 17/10487, S. 13 ff.

IV. Ergebnis

Im Rechtsformenvergleich lässt sich feststellen, dass die Kapitalgesellschaften schon aufgrund ihrer Besteuerung und der hohen Gründungs- und Publizitätsanforderungen nachteilbelastet sind. Im Rahmen der Personengesellschaften ist die fehlende Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung bei der GbR und PartG abträglich. Die reine KG ist insofern auch belastet, weil es Schwierigkeiten geben wird, innerhalb einer Freiberufler-KG eine Person zu finden, die gleichermaßen für die Arbeit aller anderen in der KG tätigen Freiberufler einstehen möchte. Die Entscheidung für eine Kapitalgesellschaft, GbR, PartG oder KG wird somit nur aus Gesichtspunkten der höheren Reputation der Gesellschaften im Rechtsverkehr fallen können.

Des Weiteren lässt sich feststellen, dass diejenigen Freiberuflergruppen, deren Berufsrecht nicht gegen eine personengleiche GmbH & Co. KG spricht, den Vorteil erlangen, der Besteuerung als Personengesellschaft zu unterliegen und ihre persönliche Haftung komplett ausschließen zu können. Dieselbe Möglichkeit bestand sonst ausschließlich innerhalb der LLP und in modifizierter Form – nicht auf sonstige Geschäftsschulden bezogen – bei der PartG mbB. Jedoch wirkt sich die Gewerbesteuerpflichtigkeit in Gebieten ab einem Gewerbesteuerhebesatz von ca. 400 % negativ aus. Abzuwägen ist auch, dass die Gründungskosten, die Mindestkapitalisierung und der Betrieb einer Komplementärs-GmbH erhöhte Aufwendungen mit sich bringen, welche bei der PartG mbB und LLP entfallen. Bei den Berufsgruppen, denen die GmbH & Co. KG nicht offensteht, stehen sich maßgeblich die PartG mbB und die LLP gegenüber. Bei Rechtsanwältinnen ist zu beachten, dass die LLP nicht den Abschluss einer zusätzlichen Berufshaftpflichtversicherung beinhaltet.

Es lässt sich festhalten, dass die reine KG wegen des Erfordernisses eines persönlich haftenden Komplementärs voraussichtlich nur geringen Zuspruch finden wird. Der Zulauf zur GmbH & Co. KG wird gemindert, weil sie nicht jeder Freiberuflergruppe offensteht und darüber hinaus, weil der Betrieb der Komplementärs-GmbH erhöhte Kosten mit sich bringt und zwingend Gewerbesteuer gezahlt werden muss. Die vorteilhafteste Rechtsform bleibt somit die LLP britischen Rechts, gefolgt von der PartG mbB. Zu beachten ist allerdings, dass im Falle eines unregelmäßigen Ausscheidens des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union die LLP mit hoher Wahrscheinlichkeit in eine PartG transformiert wird.⁴⁴ Aufgrund dieser Unsicherheit und der Mög-

⁴⁴ *Teichmann/Knaier*, Brexit – Was nun? Auswirkungen des EU-Austritts auf englische Gesellschaften in Deutschland, IWRZ 2016, 243 (244).

lichkeit zur vollen Haftungsbeschränkung wird die GmbH & Co. KG gebietsweise zwar einer gewissen Nachfrage unterliegen, jedoch wird sie nicht an die Stelle der PartG mbB oder LLP rücken können.

C. Gesetzssystematische Folgen der Öffnung der KG

Um festzustellen, welche weitergehenden Auswirkungen die Öffnung der KG für Freiberufler mit sich bringt, muss zunächst untersucht werden, wie die Öffnung gesetzlich ausgestaltet werden kann. Die unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten werden einer Folgenabwägung unterzogen, aus welcher dann ein Gestaltungsvorschlag entwickelt werden wird.

I. Notwendige Gesetzesänderungen

Die Öffnung einer KG für Freiberufler erfordert sowohl eine Anpassung des jeweiligen Berufsrechts (1.) als auch des Handelsrechts (2.).

1. Berufsrechtliche Aspekte

Das Berufsrecht formt die Organisationsrechte, die das Gesellschaftsrecht zur Verfügung stellt, aus und hat insoweit Vorrang.⁴⁵ Exemplarisch wird hier das Berufsrecht der Rechtsanwälte untersucht.

In der BRAO ist gesetzlich lediglich geregelt, dass sich Rechtsanwälte in einer GmbH, vgl. § 59c BRAO, und in einer GbR organisieren dürfen. Aus der Rechtsprechung zur Anerkennung der GmbH schon vor der Einfügung des § 59c BRAO und der Zulässigkeit anderer Rechtsanwalts-Kapitalgesellschaften geht jedoch hervor, dass Art. 12 Abs. 1 GG gebietet, dass sich die Anwaltschaft in jeder nicht gesetzlich verbotenen Gesellschaft organisieren darf.⁴⁶ Allerdings folge daraus, dass die §§ 59a, 59c BRAO nur BGB-Gesellschaften und GmbHs betreffen, nicht, dass ansonsten auf eine gänzliche Freiheit der Gesellschaftsformen geschlossen werden könne.⁴⁷ Zur Vermeidung von Unstimmigkeiten ist deshalb eine Öffnungsklausel, ähnlich § 27 Abs. 2 WPO, erforderlich. Sie könnte in § 59c Abs. 1 BRAO folgendermaßen aufgenommen werden: „Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Kommanditgesellschaften, deren Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist, können als Rechtsanwaltsgesellschaften zugelassen werden.“

⁴⁵ *Brüggemann*, in: Feuerich/Weyland (Fn. 28), § 59a Rn. 9.

⁴⁶ BayOLG, NJW 2000, 1647 (1647); *BGH*, NJW 2005, 1568 (1579).

⁴⁷ *Brüggemann*, in: Feuerich/Weyland (Fn. 28), Vorb. § 59c Rn. 8.

Für eine homogene Öffnung der KG für Freiberufler müsste eine solche Öffnungsklausel auch in die Berufsrechte derjenigen Freiberufler aufgenommen werden, deren Berufsrecht die Organisation in einer KG bisher verbietet.

2. Handelsrechtliche Aspekte

Die in § 161 Abs. 1 HGB angeordnete Zweckgebundenheit der KG versagt es Rechtsanwältinnen, sich in ihr zu organisieren.

a) Möglichkeiten der Öffnung

Soll die KG für Freiberufler geöffnet werden, ergibt sich entweder die Möglichkeit, die freiberufliche Tätigkeit in § 161 Abs. 1 HGB aufzunehmen oder auf „den Betrieb eines Handelsgewerbes“ als Abgrenzungskriterium zu verzichten. Infolge der zweiten Möglichkeit könnte auf ein Abgrenzungskriterium gänzlich verzichtet werden, oder ein neues, weiteres Abgrenzungskriterium eingefügt werden. Dafür kommt ein Unternehmensbegriff nach österreichischem Vorbild in Betracht.⁴⁸

b) Abwägung der Ausgestaltungsmöglichkeiten

Wird auf das Abgrenzungsmerkmal „Betrieb eines Handelsgewerbes“ verzichtet, steht die Organisationsform KG nicht nur Freiberuflern, sondern pauschal jeder Tätigkeit wie z. B. sonstiger selbstständiger Tätigkeit offen. Für welche Berufsgruppen die KG insgesamt geöffnet werden soll, kann im Rahmen dieses Beitrags allerdings nicht umfassend diskutiert werden.

Auch die Einfügung des Unternehmensbegriffes, unter welchen in Österreich jede auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit zu fassen ist,⁴⁹ würde den Umfang der Öffnung erweitern. Dieses Abgrenzungskriterium ist weiter als die Aufnahme des Freiberuflerbegriffes, nähert sich diesem allerdings stärker an. Im Folgenden wird deshalb der Schwerpunkt der Abwägung nicht darin liegen, inwieweit die KG geöffnet werden sollte, sondern welcher Umsetzungsakt die geringsten praktischen Schwierigkeiten verursacht.

Die Einführung des Unternehmensbegriffes führt zunächst die Schwierigkeit herbei, festzustellen und den Rechtsanwendern publik zu machen, welche Tätigkeiten darunter zu fassen sind.⁵⁰ Zwar kommt der Unternehmerbegriff schon in unterschiedlichen Gesetzen vor, vgl. §§ 1, 19, 20 GWB; Art. 101, 102

⁴⁸ K. Schmidt (Fn. 2), S. 728.

⁴⁹ Schäfer (Fn. 1), S. E 19.

⁵⁰ Ebd., S. E 32.

EUV; §§ 15-20 AktG, aber können dessen Grenzen nicht exakt bestimmt werden.⁵¹ Auch in Österreich führte die Einführung des Unternehmensbegriffes zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten.⁵²

Prinzipiell unterliegt auch der Begriff der freiberuflichen Tätigkeiten Abgrenzungsschwierigkeiten, jedoch wurden diese wegen der langjährigen Unterscheidung von Gewerbetreibenden und Freiberuflern schon weitestgehend geklärt. Den Freiberuflerbegriffes in § 161 Abs. 1 HGB einzufügen, würde daher geringere Abgrenzungsschwierigkeiten in der Umsetzung hervorrufen als die Neueinführung des Unternehmensbegriffes und ebenfalls einer Rechtsunsicherheit vorbeugen.

Darüber hinaus spricht für die Einfügung der freiberuflichen Tätigkeit in § 161 Abs. 1 HGB, dass in der Folge weitere Regelungen im HGB entweder an den Unternehmensgegenstand Freiberuflichkeit oder Betrieb eines Handelsgewerbes anknüpfen und speziellere Regelungen diesbezüglich statuieren können. Dadurch würde der Problematik, ob und in welchem Umfang die Vorschriften über Kaufleute auch auf Freiberufler anzuwenden sind, konsequent Rechnung getragen werden können.

3. Ergebnis

Der etablierte Freiberuflerbegriff vermeidet das Aufkommen von Rechtsunsicherheit und vereinfacht somit den Umsetzungsakt der Öffnung der KG für Freiberufler. Zudem lässt er differenzierte Folge Regelungen zu. Im Ergebnis überwiegen die Vorteile, die das Einfügen des Freiberuflerbegriffes in § 161 Abs. 1 HGB herbeiführt gegenüber dem neu zu etablierenden Unternehmerbegriff.

II. Auswirkungen der Aufnahme von Freiberuflern in § 161 Abs. 1 HGB

Ausgehend von den erörterten Gesetzesänderungen für die Öffnung der KG werden die gesetzessystematischen Folgen herausgestellt, welche die Aufnahme des Freiberuflerbegriffes in § 161 Abs. 1 HGB bei der derzeitigen Rechtslage bewirkt.

1. Freiberufler-KG als Kaufmann?

Die Aufnahme der Freiberufler in § 161 Abs. 1 HGB könnte zur Folge haben, dass Freiberufler-KG zu Kaufleuten werden. Eine KG ist kein Formkaufmann

⁵¹ *Weller/Pritting*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, § 1 Rn. 2.

⁵² *Schäfer* (Fn. 1), S. E 32, E 37.

gemäß § 6 Abs. 2 HGB.⁵³ Allerdings ist sie Handelsgesellschaft, womit für sie § 6 Abs. 1 HGB gilt. Nach einer Ansicht verleiht § 6 Abs. 1 HGB selbst die Kaufmannseigenschaft.⁵⁴ Diese Auffassung wird jedoch damit begründet, dass OHG und KG das Betreiben eines Handelsgewerbes voraussetzen, weshalb die Prüfung der §§ 1-3 HGB der Annahme einer Personenhandelsgesellschaft vorausgehen und die Kaufmannseigenschaft nicht noch einmal als Folge des § 6 Abs. 1 HGB geprüft werden muss.⁵⁵ Ist der Betrieb eines Handelsgewerbes nun jedoch nicht mehr einziges Abgrenzungskriterium der KG, ist diese Argumentationskette nicht mehr schlüssig. Die Prüfung der Kaufmannseigenschaft müsste aufgrund des Verweises in § 6 Abs. 1 HGB nach den allgemeinen Vorschriften stattfinden. § 6 Abs. 1 HGB besagt nämlich nicht wie § 6 Abs. 2 HGB, dass eine Gesellschaftsform ohne Rücksicht auf ihren Gegenstand Kaufmann ist,⁵⁶ sondern verweist lediglich auf die Vorschriften, die für Kaufleute gelten, weshalb die etwaige Kaufmannseigenschaft der Handelsgesellschaft selbst noch nach den §§ 1-5 HGB beurteilt werden muss.⁵⁷ § 1 Abs. 1 HGB verlangt aber den Betrieb eines Handelsgewerbes, um Kaufmann zu sein. Hiernach ist die Freiberufler-KG nicht als Kaufmann anzusehen.

Anders könnte dies jedoch mit Blick darauf beurteilt werden, dass die Freiberufler-KG in das Handelsregister eingetragen werden muss, um die persönliche Haftung des Kommanditisten auch gegenüber Gläubigern, denen diese Position nicht bekannt war, auf seine Einlage zu begrenzen, vgl. § 176 Abs. 1 S. 1 HGB. Abzustellen ist hier auf § 5 HGB, welcher bestimmt, dass das unter einer eingetragenen Firma betriebene Gewerbe gegenüber einem Dritten, der sich auf die Eintragung beruft, als Handelsgewerbe anzusehen ist. Es könnte angenommen werden, dass § 5 HGB zur Schaffung von Rechtsklarheit dahingehend rechtsfortbildend ausgelegt werden muss, dass jede im Handelsregister eingetragene Gesellschaft ein Handelsgewerbe betreibt.⁵⁸ Dagegen spricht aber der eindeutige Wortlaut des § 5 HGB, nach welchem zwingende Voraussetzung

⁵³ *Enstbaler*, HGB mit UN-Kaufrecht, 8. Aufl. 2015, § 6 HGB Rn. 3; *Roth*, in: Koller/Kindler/Roth/Morck (Fn. 23), § 6 Rn. 6; *Emmerich*, in: Heymann, HGB I, 2. Aufl. 1995, § 6 Rn. 6; a. A.: nur *K. Schmidt*, in: MüKo-HGB I, 4. Aufl. 2016, § 6 Rn. 17.

⁵⁴ *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 3 Rn. 42; *Kindler*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn I (Fn. 23), § 6 Rn. 1; *Emmerich*, in: Heymann I (Fn. 53), § 6 Rn. 1; *K. Schmidt*, in: MüKo-HGB I (Fn. 53), § 6 Rn. 1.

⁵⁵ *Canaris* (Fn. 54), § 3 Rn. 45.

⁵⁶ *Oetker*, in: Staub, HGB I, 5. Aufl. 2009, § 6 Rn. 5.

⁵⁷ *Ebd.*

⁵⁸ *K. Schmidt*, in: MüKo-HGB I (Fn. 53), § 5 Rn. 22.

ist, dass unter der Firma zumindest ein Gewerbe betrieben wird.⁵⁹ Dieser Gesetzeswortlaut wurde auch im Rahmen des Handelsrechtsreformgesetzes diskutiert und beibehalten.⁶⁰ An der Tatbestandsvoraussetzung des Gewerbes ist somit festzuhalten. Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, bleibt der Einwand, es handele sich nicht um einen Kaufmann, weil eine freiberufliche Tätigkeit ausgeübt wird, also wirksam.⁶¹ Somit hat die Freiberufler-KG kraft handelsrechtlicher Vorschriften nicht die Position eines Kaufmanns.

2. Freiberufler-KG als Scheinkaufmann

Dennoch könnte sie sich aufgrund der Eintragung nach der Lehre von der Rechtsscheinhaftung von Dritten wie ein Kaufmann behandeln lassen müssen. Die Eintragung im Handelsregister, obwohl kein Gewerbe betrieben wird, setzt einen zurechenbaren Rechtsschein dahin, dass als Kaufmann agiert wird.⁶² Ist ein Dritter in seinem gewerblichen Verhalten nun schutzwürdig und vertraute auf den gesetzten Rechtsschein,⁶³ muss sich auch eine eingetragene Freiberufler-KG behandeln lassen, als wäre sie Kaufmann. Somit bestünde für eine Freiberufler-KG bei der momentanen Rechtslage das permanente Risiko, sich im Geschäftsverkehr als Kaufmann behandeln lassen zu müssen.

3. Folgen der Eigenschaft als Scheinkaufmann

Die Tragweite der Möglichkeit, dass eine Freiberufler-KG als Scheinkaufmann angesehen werden kann, lässt sich nur mit Blick auf die daraus resultierenden Folgen beurteilen. Ein Kaufmann kraft Rechtsscheins wird gegenüber demjenigen Dritten, der sich auf den Rechtsschein beruft, so behandelt als wäre er Kaufmann.⁶⁴

Zunächst kommt die Anwendung der allgemeinen Vorschriften für Kaufleute gemäß der §§ 238 ff. HGB in Betracht. Diese enthalten die Buchführungs- und Inventarführungspflicht. Der Scheinkaufmannstatbestand löst aber nicht die-

⁵⁹ *Weller/Pritting* (Fn. 51), § 4 Rn. 111; *Oetker*, in: Staub I (Fn. 56), § 5 Rn. 8; *Emmerich*, in: Heymann I (Fn. 53), § 5 Rn. 3; *Röhricht*, in: Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas (Fn. 24), § 5 Rn. 15.

⁶⁰ BT Drucks. 13/8444, S. 34.

⁶¹ *Oetker*, in: Staub I (Fn. 56), § 5 Rn. 8; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB mit GmbH & Co., 38. Aufl. 2018, § 5 HGB Rn. 5; *Kindler*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn I (Fn. 23), § 5 Rn. 20; *Röhricht*, in: Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas (Fn. 24), § 5 Rn. 17, 34.

⁶² *Oetker*, in: Staub I (Fn. 56), § 5 Rn. 26; *Kindler*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn I (Fn. 23), § 5 Rn. 53.

⁶³ *Hopt*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 61), § 5 HGB Rn. 12 f.

⁶⁴ *Schwartz*, in: BeckOK-HGB, Ed. 21, Stand: 15.7.2018, § 5 Rn. 57.

selben Rechtsfolgen aus wie die Kaufmannseigenschaft als solche, sondern bringt nur einzelne Vorschriften zugunsten einzelner Verkehrsteilnehmer zur Anwendung.⁶⁵ Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung ist jedoch keine konkrete Pflicht gegenüber einem anderen Verkehrsteilnehmer, sondern eine Pflicht, die primär dem Zweck der eigenen Information dient und deren Verletzung deshalb vor der Insolvenz keine Folgen nach sich zieht.⁶⁶ Der Scheinkaufmann ist somit nicht verpflichtet, Bücher und Inventar zu führen.

Allerdings finden die Vorschriften über Handelsgeschäfte gemäß §§ 343 ff. HGB auch Anwendung auf den Scheinkaufmann.⁶⁷ Die Freiberufler-KG träge z. B. die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit gemäß § 377 HGB, ihr könnten kaufmännische Bestätigungsschreiben übermittelt werden und ihr Schweigen könnte gemäß § 362 HGB als Annahme gewertet werden. Des Weiteren sind die Regeln des ersten Buches des HGB über die Prokura gemäß §§ 48 ff. HGB und die Handlungs- und Ladenvollmacht gemäß §§ 54, 56 HGB anwendbar.

4. Evaluation

Die Freiberufler-KG wird nach einer Auffassung als Kaufmann angesehen, auf welche die Vorschriften über Kaufleute unmittelbar anzuwenden sind.⁶⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung gilt die Freiberufler-KG nicht als Kaufmann, kann aber jederzeit als Kaufmann kraft Rechtsscheins angesehen werden, obwohl es sich um eine zulässige Organisationsform handelt. Somit entsteht die Problematik, dass die reine Öffnung der KG mit dem bisherigen System des HGB und der Kaufmannseigenschaft nicht in Einklang steht.

Die Vorschriften über Kaufleute passen zumindest nicht zu den Eigenarten der freien Berufe.⁶⁹ Zwischen Freiberuflern existieren keine Handelsbräuche, es wird lediglich untereinander konkurriert, nicht interagiert und es wird nicht miteinander gehandelt.⁷⁰ Das HGB verfolgt das Ziel der Einfachheit und Schnelligkeit des Handelsverkehrs,⁷¹ welches z. B. für die rechtsberatenden Berufe nicht

⁶⁵ K. Schmidt, in: MüKo-HGB I (Fn. 53), § 5 Rn. 30.

⁶⁶ Weller/Pritting (Fn. 51), § 24 Rn. 603.

⁶⁷ K. Schmidt, in: MüKo-HGB I (Fn. 53), § 343 Rn. 10; Weller/Pritting (Fn. 51), § 33 Rn. 838.

⁶⁸ K. Schmidt, in: MüKo-HGB I (Fn. 53), § 5 Rn. 22.

⁶⁹ Hensler, Wortmeldung, in: Diskussionsprotokoll der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 2, S. O 87.

⁷⁰ *AnnGH München*, NJW-RR 2011, 562 (563 f.).

⁷¹ Hopt, in: Baumbach/Hopt (Fn. 61), § 1 HGB Rn. 5.

relevant ist.⁷² Die Vorschriften über die Prokura treffen sinngemäß nicht zu, weil gemäß § 48 Abs. 1 HGB nur derjenige, der ein Handelsgewerbe betreibt, eine Prokura ausstellen kann.

Die KG muss jedoch in das Handelsregister eingetragen werden, um die gewünschte Haftungsbeschränkung zu erreichen. Hat dies zur Folge, dass auf jegliche Arten von Freiberuflern mittelbar oder unmittelbar die Vorschriften über Kaufleute anwendbar sind, entsteht ein Systembruch, der gerade die freien Berufe betrifft, die gewöhnlich nicht in Kontakt mit Vorschriften über Kaufleute kommen. Die reine Öffnung der KG, ohne weitergehende Anpassung der Vorschriften über Kaufleute, führt somit nicht – wie ursprünglich vorgesehen – zu einer Vereinheitlichung des Rechts, sondern zu Gesetzes- und Wertungswidersprüchen. Sollte die KG also geöffnet werden, ist dies nur einhergehend mit einer Anpassung des Handelsrechts zu vollziehen.

III. Lösungsansätze

Diese Wertungswidersprüche sind in zwei Schritten zu lösen. In einem ersten Schritt muss geregelt werden, dass die unpassenden Vorschriften über Kaufleute nicht unmittelbar auf die Freiberufler-KG anzuwenden sind. In einem zweiten Schritt muss das Problem des Kaufmannes kraft Rechtsscheins aufgrund der Eintragung im Handelsregister gelöst werden.

1. Regeln bezogen auf den Unternehmensgegenstand

Zur Beseitigung der Wertungswidersprüche, die eine Anwendung der Vorschriften über Kaufleute auf Freiberufler mit sich bringt, liegen zwei Möglichkeiten nahe. Zum einen könnte eine Ausnahme der freiberuflichen Tätigkeiten unmittelbar in denjenigen Vorschriften für Kaufleute vorgesehen werden, die nicht sinnvoll auf die freiberuflichen Tätigkeiten anzuwenden sind. So wird z. B. eine Aufnahme von Freiberuflern in § 241a HGB, welcher für Einzelkaufleute mit geringem Jahresüberschuss das Wegfallen der Buchführungspflicht statuiert, gefordert.⁷³ Zum anderen besteht jedoch auch die Möglichkeit, die §§ 1-6 HGB insofern anzupassen, als dass sie klarstellen, dass eine Freiberufler-Personenhandelsgesellschaft kein Kaufmann ist und die Vorschriften über Kaufleute somit generell nicht für sie gelten.

Die erste Möglichkeit erfordert eine detaillierte Prüfung der Anwendbarkeit jeder Vorschrift für Kaufleute auf die unterschiedlichen Freiberuflergruppen und

⁷² *AnnGH München*, NJW-RR 2011, 562 (564).

⁷³ *K. Schmidt* (Fn. 2), S. 729.

im Endeffekt eine differenzierte Ausgestaltung der Regelungen je nach Unternehmensgegenstand. Zudem ergäbe dies die weitergehende Konsequenz, dass spezifische Regelungen für Freiberufler im HGB aufgenommen werden müssten. Einzelne Regelungen bezüglich der beruflichen Eigenarten wird es immer bedürfen, weil sich Freiberuf und Gewerbe unterscheiden.⁷⁴ Die Aufnahme von Sonderregelungen für unterschiedliche Unternehmensgegenstände im Handelsgesetzbuch führt aber nicht zu einer Vereinfachung des geltenden Rechts, was auch Ziel einer möglichen Reform ist,⁷⁵ sondern zu einer Zweckentfremdung des Handelsgesetzbuchs.

Angeknüpft werden sollte deshalb an die zweite Möglichkeit, welche die Vorschriften über Kaufleute gänzlich unberührt lässt und Unstimmigkeiten mit dem Charakter der freien Berufe vermeidet. Sie macht sich zu eigen, dass die KG zwar eine Handelsgesellschaft ist, die für Kaufleute konzipiert wurde, die Vorschriften über Kaufleute jedoch nur gelten, weil sie auf dasselbe Abgrenzungskriterium wie die KG – den Betrieb eines Handelsgewerbes – abstellen. Die Eigenarten der freien Berufe, welche spezifische Regeln erfordern, müssten dann in den einzelnen Berufsrechten je nach freiberuflicher Tätigkeit geregelt werden.⁷⁶ Anzuführen ist hier z. B. § 9 Abs. 3 PartGG, welcher problemlos als allgemeine Vorschrift in die BRAO übernommen werden könnte.

Im Ergebnis bedeutet dieser Lösungsansatz, dass das HGB nicht komplizierter wird, indem es an unterschiedliche Unternehmensgegenstände, betrieben in derselben Gesellschaftsform, unterschiedliche Regelungen knüpft. Er birgt das Potential, dass das HGB nur die Gesellschaftsform stellt, spezielle Vorschriften für einzelne Berufsgruppen – ausgenommen der Kaufleute – aber nicht getroffen werden.

2. Registereintrag

Der Eintrag im Handelsregister kann zu einer Behandlung der Freiberufler-KG als Kaufmann kraft Rechtsscheins führen. Ein Verzicht auf die Eintragung ist aufgrund des Schutzes des Rechtsverkehrs und des § 176 Abs. 1 S. 1 HGB nicht möglich. Auch die Abschaffung des Kaufmanns kraft Rechtsscheins bei einem bestehenden Eintrag im Handelsregister kann aufgrund des öffentlichen Vertrauens an das Handelsregister⁷⁷ nicht stattfinden. Es verbleiben folgende Lösungsmöglichkeiten: Die Freiberufler-KG wird im Partnerschaftsregister ein-

⁷⁴ Henssler (Fn. 69), S. O 62.

⁷⁵ Schäfer (Fn. 1), S. E 10.

⁷⁶ Henssler (Fn. 69), S. O 88 f.

⁷⁷ Weller/Pritting (Fn. 51), § 2 Rn. 41.

getragen, es wird ein neues umfassendes Unternehmensregister geschaffen, in dem es eine Spalte für freiberufliche Kommanditgesellschaften gibt, oder die Nichtkaufmannseigenschaft wird im Handelsregister eintragungsfähig gemacht.

Bei einer Eintragung in das Partnerschaftsregister entstehen zumindest nicht die Rechtsscheinsfolgen, die die Eintragung im Handelsregister mit sich bringt. Allerdings besteht im Partnerschaftsregister nicht die Möglichkeit, einzutragen, wer Komplementär und wer Kommanditist ist, wie hoch die Einlage des Kommanditisten ist und ob einem Kommanditisten Prokura eingeräumt wurde. Im Partnerschaftsregister müssen zudem die Berufe der Partner eingetragen werden, wohingegen im Handelsregister nur die Firma eintragungsfähig ist. Die Möglichkeit, eine KG im Partnerschaftsregister einzutragen, ist somit zu verwerfen.

Die Eigenschaft als Nichtkaufmann im Handelsregister eintragungsfähig zu machen, löst die geringsten Umsetzungsschwierigkeiten aus, weil nur ein schon vorhandenes Register leicht modifiziert werden muss. Allerdings widerspräche die Eintragungsfähigkeit von Nicht-Handelsgesellschaften im Handelsregister dem Grundgedanken des Handelsregisters. Es soll Auskunft über Tatsachen geben, die bei kaufmännischen Unternehmen bedeutsam für den Handelsverkehr sind.⁷⁸ Eine Vermischung von Handelsgesellschaften und Nicht-Handelsgesellschaften innerhalb des etablierten, in sich geschlossenen Handelsregisters ist somit auch nicht zu vollziehen.

Ein neues Unternehmensregister nach österreichischem Vorbild zu etablieren, in welchem es u. a. ein Register für kleinunternehmerische und freiberufliche Gesellschaften gibt, würde in sich ein stringentes und geschlossenes Registersystem ergeben. Es gäbe im Gegensatz zu den anderen Lösungsmöglichkeiten keine Widersprüche mit etablierten Prinzipien. Die Neueinführung eines Unternehmensregisters würde zwar die gänzliche Umstrukturierung der vorhandenen Register erfordern, wäre jedoch bei Öffnung der KG empfehlenswert für eine konsistente Reform.

IV. Empfehlungen

Zur Vermeidung der Wertungswidersprüche, die eine Anwendung der Vorschriften für Kaufleute auch auf Freiberufler verursacht, ist zu empfehlen, die Anwendbarkeit dieser Vorschriften zum einen dadurch auszuschließen, dass Freiberufler-KG ausdrücklich zu Nicht-Kaufleuten bestimmt werden. Zum an-

⁷⁸ *Ries*, in: Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas (Fn. 24), § 8 Rn. 2; *Roth*, in: Koller/Kindler/Roth/Morck (Fn. 23), § 8 Rn. 1.

deren sollte das Entstehen des Rechtsscheintatbestandes durch die Einführung eines neuen Registersystems vermieden werden. Spezifische Regelungen, derer die einzelnen freiberuflichen Tätigkeiten bedürfen, sollten innerhalb ihrer Berufsrechte getroffen werden und nicht in das Handelsregister aufgenommen werden, damit dieses nicht zweckverfremdet und unübersichtlich wird.

D. Fazit

Aufgrund der Divergenzen in den Berufsrechten der Freiberufler ergeben sich aus der Öffnung der KG verschiedene Auswirkungen – insbesondere im Hinblick auf die Zugänglichkeit der GmbH & Co. KG. Zum Teil bestehen solche Unterschiede schon jetzt, diese werden jedoch noch verstärkt, wenn die KG für Freiberufler geöffnet wird. Beispielhaft ist hier anzuführen, dass Rechtsanwälte die personengleiche GmbH & Co. KG verschlossen bleibt, bayerischen Apothekern diese aber zur Verfügung gestellt wird. Eine Ungleichbehandlung von Freiberuflern bezüglich der Organisationsfreiheit in Gesellschaftsformen ist aber kaum unter Art. 3 Abs. 1 GG zu rechtfertigen.⁷⁹ Aus diesem Grund ist eine Harmonisierung der Berufsrechte empfehlenswert, wenn Freiberuflern die KG zur Verfügung gestellt wird.

Für die Öffnung der KG spricht zwar, dass ein Bedarf der Praxis für die Öffnung insoweit besteht, als dass noch nicht allen Freiberuflern die PartG mbB offensteht und eine deutsche Personengesellschaft mit Haftungsbeschränkungsmöglichkeit diesen zugutekommen würde. Allerdings überwiegen selbst bei Zugänglichkeit der GmbH & Co. KG die Vorteile der britischen LLP, die innerhalb der Konkurrenz der Gesellschaftsformen die meisten Vorteile aufweist.

Gegen die reine Öffnung der KG für Freiberufler spricht des Weiteren, dass jegliche Freiberufler mit den Vorschriften über Kaufleute in Kontakt kommen können. Dadurch werden Wertungswidersprüche im Handelsrecht ausgelöst und dessen Grundgedanken missachtet. Wird die KG für Freiberufler geöffnet, sollte einhergehend die Anwendbarkeit der Vorschriften für Kaufleute ausgeschlossen werden und Regelungen, welche für die einzelnen Freiberufe notwendig sind, in deren Berufsrechten getroffen werden. Außerdem müsste ein neues, in sich stringentes Register eingeführt werden, in welchem die Freiberufler-KG eintragungsfähig ist.

Im Ergebnis ist die isolierte Öffnung der KG für Freiberufler aufgrund der oben genannten Gründe nicht zu empfehlen. Im Falle der Öffnung müssten im

⁷⁹ Hensler (Fn. 30), S. 1125 ff.

Rahmen einer konsistenten Reform einhergehend das Handelsgesetzbuch, die Berufsrechte und das Register angepasst werden.