

Grundlagen und ausgewählte Probleme der Partnerschaftsgesellschaft

Von Ref. iur. **Sebastian Ferner**, Frankfurt*

Eine Beschäftigung mit der Partnerschaftsgesellschaft kann in der Examensvorbereitung aus zeitlichen Gründen nur in eingeschränktem Umfang erfolgen. Trotzdem sollte die Partnerschaftsgesellschaft nicht unberücksichtigt bleiben, da Klausuren mit Anwaltsbezug beliebt sind und die Partnerschaftsgesellschaft eine klassische Gesellschaftsform für Rechtsanwälte ist. Des Weiteren steht die Partnerschaftsgesellschaft der GbR bzw. OHG nahe, was zu Analogiefragen führt, die für Klausurersteller interessant sind, da sie vom Bearbeiter eine Transferleistung erfordern. Ferner ermöglichen es die Kürze des PartGG und die Verweise auf das HGB, bekannte Probleme im Kontext einer eher unbekannteren Gesellschaftsform zu prüfen. In diesem Sinne zielt dieser Beitrag darauf ab, in konzentrierter Form einen Überblick über die Partnerschaftsgesellschaft und mit ihr in Verbindung stehender Probleme zu geben.

I. Grundlagen

Bei der Partnerschaftsgesellschaft handelt es sich um eine Personengesellschaft, die rechtlich an die OHG angelehnt ist. Dies lässt sich bereits aus den Verweisen auf die entsprechenden Regelungen des HGB innerhalb des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes (PartGG) ableiten. Offen steht die Partnerschaft nur den Angehörigen der freien Berufe (§ 1 Abs. 1 S. 1 PartGG).

1. Gründung

Hinsichtlich der Gründung einer Partnerschaftsgesellschaft kommen grundsätzlich zwei Wege in Betracht. Zum einen kann direkt eine Partnerschaftsgesellschaft gegründet werden. Zum anderen kann eine Partnerschaftsgesellschaft im Wege der Umwandlung, etwa aus einer GbR heraus, entstehen. Die Voraussetzungen weichen in beiden Konstellationen nur wenig voneinander ab.

So entsteht eine Partnerschaftsgesellschaft im Innenverhältnis durch Abschluss eines Partnerschaftsvertrages (§ 1 Abs. 4 PartGG i.V.m. § 705 BGB), der gem. § 3 Abs. 1 PartGG der Schriftform (§ 126 BGB) bedarf. Im Rahmen einer Umwandlung bedeutet dies, dass durch Beschluss eine entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages erforderlich ist. Auch muss der Vertrag die gem. § 3 Abs. 2 PartGG erforderlichen Angaben enthalten und die Gesellschafter müssen für eine Partnerschaftsgesellschaft geeignet sein (vgl. § 1 Abs. 1, 2 PartGG, § 60 Abs. 1 S. 2 BRAO). Ferner muss der Name der Partnerschaft die Anforderungen des § 2 Abs. 1 PartGG erfüllen.

Für die wirksame Entstehung im Außenverhältnis ist gem. § 7 Abs. 1 PartGG die konstitutiv¹ wirkende Eintragung im Partnerschaftsregister erforderlich. Sollte die Partnerschaft

ihre Geschäfte schon vor der Eintragung beginnen, gelten für sie die Regelungen der GbR.²

2. Vertretung

Die Vertretung der Partnerschaft ist in § 7 Abs. 3 PartGG geregelt, wobei dort die Vertretungsregeln der OHG für entsprechend anwendbar erklärt werden. Demnach hat jeder Partner grundsätzlich Einzelvertretungsmacht, wobei im Partnerschaftsvertrag die Gesamtvertretung vereinbart werden kann. Aus der entsprechenden Anwendung ergibt sich weiterhin, dass der Grundsatz der Selbstorganschaft auch für die Vertretung der Partnerschaft gilt, sodass zumindest ein Gesellschafter zur Vertretung berechtigt sein muss und eine vollständige Übertragung der Vertretungsmacht auf Dritte ausscheidet.³ Wichtig ist dabei, dass sich das Problem der unechten Gesamtvertretung bei Abhängigkeit von einem Prokuristen im Rahmen der Partnerschaft nicht stellen kann, weil sich der Verweis des § 7 Abs. 3 PartGG nicht auf § 125 Abs. 3 HGB bezieht. Schließlich kann eine Partnerschaft mangels Handelsgewerbe keinen Prokuristen bestellen. Des Weiteren stellt sich über den Verweis des § 7 Abs. 3 PartGG auf § 126 Abs. 2 HGB auch bei der Partnerschaft die aus dem OHG-Recht bekannte Frage, ob eine Ausnahme vom Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis eingreift, wenn der Dritte im Sinne des § 126 Abs. 2 HGB ein Partner der Gesellschaft ist.⁴

Im Übrigen ist die Vertretungsmacht der Partner in jedem Fall gem. § 5 Abs. 1 PartGG zur Eintragung in das Partnerschaftsregister anzumelden. Solange dies nicht geschieht kann etwa eine vereinbarte Gesamtvertretungsmacht dem Rechtsverkehr gem. § 5 Abs. 2 PartGG i.V.m. § 15 Abs. 1 HGB nicht entgegengehalten werden.⁵ An dieser Stelle kann daher über den „Umweg“ des PartGG mit § 15 HGB eine äußerst examensrelevante Norm in einem unüblichen Kontext geprüft werden.

3. Haftung

Bei der Haftung der Partnerschaft ist wie üblich im Recht der Personengesellschaften zwischen der Haftung der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter zu unterscheiden.

Die Haftung der Partnerschaft folgt dabei unproblematisch aus § 7 Abs. 2 PartGG i.V.m. § 124 HGB und gilt für Verbindlichkeiten jeder Art. Für das Handeln ihrer Partner haftet die Partnerschaft analog § 31 BGB, wobei dies auch bei vertraglichen Beziehungen gilt, sodass es auf § 278 BGB insofern nicht ankommt.⁶

* Der Verf. ist Rechtsreferendar im OLG-Bezirk Frankfurt.

¹ Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 23 Rn. 3.

² H.M. vgl. Hirtz, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 7 Rn. 3 m.w.N.

³ Schäfer, in: Münchener Kommentar zum PartGG, 6. Aufl. 2013, § 7 Rn. 13.

⁴ Vgl. hierzu Timm/Schöne, Fälle zum Handels- und Gesellschaftsrecht, Bd. I, 9. Aufl. 2014, S. 183.

⁵ Hirtz (Fn. 2), § 7 Rn. 18.

⁶ Hirtz (Fn. 2), § 7 Rn. 3.

Die Haftung der Partner regelt § 8 PartGG, dessen Abs. 1 nach dem Regelungsvorbild der §§ 128 ff. HGB ausgestaltet wurde.⁷

Nach § 8 Abs. 1 S. 1 PartGG haften die Partner demnach grundsätzlich akzessorisch und gesamtschuldnerisch für Verbindlichkeiten der Partnerschaft, wie dies auch bei § 128 S. 1 HGB der Fall ist. Folglich stellt sich auch hier die Frage nach dem genauen Inhalt der Gesellschafterschuld, sodass der bekannte Streit zwischen der Erfüllungstheorie und der Haftungstheorie auch hier von Relevanz ist.⁸

In § 8 Abs. 2 PartGG wird die Haftung für Berufsfehler gesondert geregelt, wobei insofern ein Haftungsprivileg festgeschrieben wird. Letzteres bildet den Kern des Haftungsregimes der Partnerschaft und macht diese insbesondere im Vergleich zur Freiberufler-GbR attraktiv. § 8 Abs. 2 PartGG hat dabei eine haftungsbegründende Funktion und ist nicht als Einschränkung des § 8 Abs. 1 PartGG zu verstehen, da nur so das Haftungsprivileg rechtssicher und vorhersehbar eingreifen kann.⁹

Hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs. 2 PartGG muss es sich zunächst um einen Auftrag handeln. Geboten ist insofern eine weite Auslegung, sodass jedes Vertragsverhältnis erfasst wird, das als Grundlage für eine freiberufliche Tätigkeit dient.¹⁰ Des Weiteren muss der jeweilige Partner mit dem Auftrag befasst gewesen sein, wobei es nicht darauf ankommt, ob er selbst pflichtwidrig gehandelt hat, da die Handelndenhaftung des § 8 Abs. 2 PartGG verschuldensunabhängig ist.¹¹ Eine Befassung liegt demnach grundsätzlich vor, wenn der Partner den Auftrag selbst bearbeitet oder seine Bearbeitung überwacht hat oder dies nach der internen Zuständigkeitsverteilung hätte tun müssen.¹² Sind die beiden genannten Tatbestandsmerkmale erfüllt, so scheidet eine Haftung dennoch aus, wenn es sich lediglich um einen Bearbeitungsbeitrag von untergeordneter Bedeutung handelt. Beispielhaft zu nennen ist insofern die Urlaubsvertretung oder ein nur gelegentlicher Ratschlag, wobei etwas anderes gilt, wenn ein derartiger Bearbeitungsbeitrag mitursächlich geworden ist.¹³

Hinzuweisen ist des Weiteren darauf, dass § 8 Abs. 2 PartGG nur durch Individualabrede und nicht durch AGB abbedungen werden kann, da er zu den wesentlichen Grundgedanken des PartGG im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB gehört.¹⁴

Der Vollständigkeit halber ist noch auf § 8 Abs. 3 PartGG zu verweisen, der die Möglichkeit einer Höchstbetragshaftung enthält sowie auf § 8 Abs. 4 PartGG, der die neue

Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartmbB)¹⁵ regelt.

II. Probleme

Die im Folgenden dargestellt spezifischen Probleme der Partnerschaftsgesellschaft sind alle im Bereich der Haftung zu verorten. Zu beachten ist jedoch, dass durch die diversen Verweisungen in das HGB bekannte Probleme der OHG auch im Kontext der Partnerschaftsgesellschaft relevant werden können.

1. § 8 Abs. 2 BGB analog

Anwaltssozietäten sind alternativ zu Partnerschaftsgesellschaft oftmals in der Rechtsform der GbR organisiert. Letztlich wird dabei in beiden Konstellationen dieselbe Tätigkeit ausgeübt, sodass sich die Frage stellt, ob die Handelndenhaftung des § 8 Abs. 2 PartGG analog auf die Rechtsanwalts-GbR anwendbar ist. Dies setzt eine vergleichbare Interessenslage, sowie eine planwidrige Regelungslücke voraus.

Für eine vergleichbare Interessenslage könnte man anbringen, dass nach § 1 Abs. 1 PartGG für Zusammenschlüsse von Freiberuflern nicht die OHG, sondern die Partnerschaftsgesellschaft als typisiertes Regelungsmodell vorgesehen ist.¹⁶ Folglich enthalte das PartGG für derartige Zusammenschlüsse verallgemeinerungsfähige Regeln. Auch erwarte der Rechtsverkehr rechtsformunabhängig keine persönliche Haftung aller Partner, sondern nur des Bearbeiters.¹⁷

Selbst wenn man dieser Argumentation folgt, so fehlt es jedoch an einer planwidrigen Regelungslücke. Das Haftungsprivileg des § 8 Abs. 2 PartGG soll gerade dazu dienen, die Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft im Vergleich zur GbR attraktiver zu machen¹⁸ und stellt somit eine rechtsformspezifische Regelung dar.¹⁹ Insbesondere aber wird bei der Partnerschaft, im Gegenzug für das Haftungsprivileg des § 8 Abs. 2 PartGG, die Eintragung und damit die Publizität der Gesellschaftsverhältnisse verlangt (§§ 4 Abs. 1, 7 Abs. 1 PartGG).²⁰ Dies ist bei der GbR nicht der Fall.

Eine analoge Anwendung des § 8 Abs. 2 PartGG auf die Rechtsanwalts-GbR ist mangels planwidriger Regelungslücke daher abzulehnen.

2. Anwendbares Haftungsregime

Soweit es um einen Schadensersatzanspruch wegen einer Berufspflichtverletzung geht und die Partnerschaftsgesellschaft nicht direkt als solche gegründet wurde, sondern zuvor etwa als GbR firmierte, stellt sich die Frage, welches Haftungsregime anzuwenden ist bzw. auf welchen Zeitpunkt diesbezüglich abzustellen ist. Relevant wird diese Frage we-

⁷ BT-Drs. 12/6152, S. 17.

⁸ Schäfer (Fn. 3), § 8 Rn. 5.

⁹ Schäfer (Fn. 3), § 8 Rn. 15.

¹⁰ Henssler, in: Henssler/Prütting, Kommentar zur BRAO, 3. Aufl. 2010, § 8 PartGG Rn. 21.

¹¹ Schäfer (Fn. 3), § 8 Rn. 21.

¹² BT-Drs. 13/9820, S. 21.

¹³ BT-Drs. 13/9820, S. 21.

¹⁴ Schäfer (Fn. 3), § 8 Rn. 15.

¹⁵ Vgl. zur Vertiefung Grunewald, GWR 2013, 393; Römermann/Jähne, BB 2015, 579.

¹⁶ Henssler/Deckenbrock/Meyer, JuS 2010, 48.

¹⁷ Vgl. BT-Drs. 13/9820, S. 21.

¹⁸ Schäfer (Fn. 3), § 8 Rn. 14.

¹⁹ BGH NJW 2012, 2435; K. Schmidt, NJW 2005, 2801 (2805).

²⁰ BGH NJW 2012, 2435 m.w.N.

gen § 8 Abs. 2 PartGG immer dann, wenn der Vertragsschluss mit der GbR erfolgte, die Berufspflichtverletzung jedoch erst nach der Umwandlung in eine Partnerschaftsgesellschaft begangen wurde. Nur wenn man auf die Berufspflichtverletzung abstellt, kommt man zu einer Anwendbarkeit des § 8 Abs. 2 PartGG. Eine Antwort auf die aufgeworfene Frage ist im Wege der Auslegung zu ermitteln.

a) Wortlaut

Der Wortlaut des § 8 Abs. 1 PartGG ist hinsichtlich des maßgeblichen Zeitpunkts unergiebig. § 8 Abs. 2 PartGG hingegen stellt auf die Bearbeitung ab, was dafür spricht, diese als Anknüpfungspunkt der Haftung zu sehen.

b) Systematisch

In systematischer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass das Haftungsregime einer Partnerschaft dem einer KG mit wechselndem Kommanditisten entspricht.²¹ Bezüglich des maßgeblichen Zeitpunktes besteht daher eine vergleichbare Situation zu § 160 Abs. 1, 3 HGB. Auf welchen Zeitpunkt für die Begründung eines Schadensersatzanspruchs bei Beratungsfehlern eines Rechtsanwalts im Rahmen des § 160 HGB abzustellen ist, wird unterschiedlich beantwortet.

Teilweise wird vertreten, dass bereits der Vertragsschluss als Rechtsgrund für die Verbindlichkeit der maßgebliche Zeitpunkt sei.²² Andere hingegen wollen auf den Zeitpunkt der Verletzung der Beratungspflicht abstellen.²³

Für die erstgenannte Auffassung streitet, dass ein Gläubiger auf die gesamtschuldnerische Haftung aller Sozien vertrauen können muss. Nachdem er seine Angelegenheiten der Sozietät anvertraut hat, dürfen außerhalb seines Einflussbereichs liegende Ereignisse ihm keine Schuldner mehr entziehen können.²⁴ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass für den Gläubiger die Möglichkeit besteht, der Sozietät das Mandat zu entziehen, sodass ihm insofern Einfluss zukommt.²⁵ Dies gilt im Rahmen der Umwandlung in eine Partnerschaft umso mehr, als er durch den Namenswechsel und die Eintragung ins Partnerschaftsregister die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme hat. Außerdem bleibt die Gesellschaft selbst weiterhin als Schuldnerin erhalten.

²¹ Leuring, NZG 2013, 1001 (1003).

²² OLG Saarbrücken, Urt. v. 30.4.2007 – 1 U 148/06; Wischemeyer/Honisch, NJW 2014, 881 (883); Sommer/Treptow/Dietlmeier, NJW 2011, 1551 (1553); Borgmann/Jungk/Grams, *Anwaltshaftung*, 5. Aufl. 2014, § 36 Rn. 17.

²³ OLG Köln, Urt. v. 6.4.2011 – 11 U 107/10; LG Bonn NZG 2011, 143; Meixner/Schröder, DSStR 2008, 527 (528); Hartung, in: Henssler/Prütting, *Kommentar zur BRAO*, § 59a Rn. 98; Zuehör/Rinkler, *Handbuch der Anwaltshaftung*, 3. Aufl. 2010, Rn. 410; Sieg, WM 2002, 1432 (1436); vgl. auch BGH, WM 1982, 743.

²⁴ Wischemeyer/Honisch, NJW 2014, 881 (883); Sommer/Treptow/Dietlmeier, NJW 2011, 1551 (1553).

²⁵ In diese Richtung Zuehör/Rinkler (Fn. 23), Rn. 410; Sieg, WM 2002, 1432 (1436).

Weiterhin argumentieren diejenigen, die auf den Vertragsschluss abstellen, dass sich bereits zu diesem Zeitpunkt die vertragliche Verpflichtung derart konkretisiert hat, dass es keines Hinzutretens weiterer Umstände mehr bedarf, letztere mithin auch nicht maßgeblich sein könnten.²⁶ Dabei wird jedoch verkannt, dass eine derartige Konkretisierung nur in den Fällen gegeben ist, in denen als Primärpflicht ein Erfolg geschuldet wird. Bei Nichterbringung orientieren sich Sekundäransprüche etwa als Schadensersatz statt der Leistung dann an dem Erfolg, sind mithin bereits im Vertrag angelegt. Bei einem Mandatsvertrag handelt es sich jedoch um einen Vertragstyp bei dem kein Erfolg geschuldet wird, sodass die Sekundäransprüche sich erst mit der Pflichtverletzung konkretisieren, mithin noch nicht im Vertrag angelegt sind.²⁷

Richtigerweise ist daher im Rahmen des § 160 Abs. 1, 3 HGB auf den Beratungsfehler abzustellen, sodass der angeordnete systematische Vergleich dafür spricht, auch bei § 8 PartGG derart zu verfahren.

c) Historisch

Historisch gesehen resultierte die Idee der Partnerschaftsgesellschaft daraus, dass eine Lücke zwischen den Haftungsregimen der GbR einerseits und denen der Kapitalgesellschaften andererseits bestand, welche geschlossen werden sollte.²⁸ Auch wollte man dem Bedürfnis der Freiberufler nach einer Gesellschaftsform die eine Risikobegrenzung²⁹ möglich macht, sowie Rechts- und Planungssicherheit³⁰ bietet, gerecht werden. Beidem kann durch einen weiten Anwendungsbereich des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes am besten Rechnung getragen werden, was wiederum durch ein Abstellen auf den Beratungsfehler realisiert werden kann.

Auch wurde auf eine besondere Übergangsregelung für solche Verträge verzichtet, die eine Partnerschaft vor dem Inkrafttreten des § 8 Abs. 2 PartGG n.F. am 1.8.1998 abgeschlossen hatte. Dies spricht dafür, Ansprüche aus nach diesem Zeitpunkt eingetretenen Bearbeitungsfehlern der Neuregelung zu unterstellen,³¹ was wiederum einen Anhaltspunkt dafür bietet, dass generell auf den Zeitpunkt des Beratungsfehlers abgestellt werden soll.

Somit spricht die historische Auslegung für die Maßgeblichkeit des Beratungsfehlers.

d) Teleologisch

Als teleologisches Argument lässt sich anführen, dass § 8 Abs. 2 PartGG Ansprüche wegen fehlerhafter Berufsausübung als selbständig behandelt, um eine Haftungsbeschränkung rechtssicher zu ermöglichen. Daher ist es überzeugend

²⁶ OLG Saarbrücken, Urt. v. 30.4.2007 – 1 U 148/06; Sommer/Treptow/Dietlmeier, NJW 2011, 1551 (1553); Vollkommer/Gregor/Heinemann, *Anwaltshaftungsrecht*, 4. Aufl. 2014, § 22 Rn. 10e.

²⁷ Meixner/Schröder, DSStR 2008, 527 (528).

²⁸ BT-Drs. 12/6152, S. 2.

²⁹ BT-Drs. 12/6152, S. 2.

³⁰ BT-Drs. 13/9820, S. 21.

³¹ Schäfer (Fn. 3), § 8 Rn. 16.

der, bei solchen Ansprüchen auch hinsichtlich des Zeitpunkts selbständig anzuknüpfen,³² mithin auf den Berufsausübungsfehler abzustellen.

e) Ergebnis

Die Auslegung ergibt daher, dass auf den Berufsausübungsfehler abzustellen ist, sodass § 8 Abs. 2 PartGG anwendbar ist.

3. § 28 HGB analog

Ein weiterer Problembereich im Rahmen der Partnerschaftsgesellschaft ist, ob § 28 HGB analog bei der Gründung einer Partnerschaftsgesellschaft Anwendung findet. Eine direkte Anwendung scheidet daran, dass eine Partnerschaftsgesellschaft nur den Angehörigen freier Berufe offen steht (§ 1 Abs. 1 S. 1 PartGG), sodass es an einem Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns fehlt. Auch hier stellt sich somit die Frage nach einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage.

a) Planwidrige Regelungslücke

Hinsichtlich der Regelungslücke ist festzustellen, dass es im PartGG keine eigenständige Regelung gibt, die mit § 28 Abs. 1 S. 1 HGB vergleichbar ist. Auch verweist § 2 Abs. 2 HGB nicht auf § 28 Abs. 1 S. 1 HGB, sodass eine Regelungslücke vorliegt.

Problematisch ist jedoch deren Planwidrigkeit. Gegen diese könnte sprechen, dass § 2 Abs. 2 PartGG nicht auf § 28 Abs. 1 S. 1 HGB verweist, worin eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zu sehen sein könnte.³³ Jedoch befasst sich § 2 Abs. 2 PartGG nur mit dem Namen der Partnerschaft, sodass konsequenterweise nur firmen- und registerrechtliche Vorschriften in Bezug genommen werden.³⁴ Eine solche ist § 28 Abs. 1 S. 1 HGB jedoch nicht,³⁵ sodass es konsequenterweise auch an einem Verweis fehlt. Insofern kann daher von einer Planwidrigkeit der Regelungslücke ausgegangen werden.

b) Vergleichbare Interessenlage

Problematisch ist allerdings die Vergleichbarkeit der Interessenlage. Für sie streitet, dass die Partnerschaftsgesellschaft durch die zahlreichen Verweise des PartGG auf das Recht OHG dieser weitgehend angenähert ist³⁶ und darüber hinaus § 128 S. 1 HGB als Regelungsvorbild für § 8 Abs. 1 S. 1 PartGG diene.³⁷ Hierbei kann es sich jedoch lediglich um Anhaltspunkte handeln, da letztlich die ratio legis bzw. dogmatische Einordnung von § 28 Abs. 1 S. 1 HGB maßgeblich sein muss.

³² Schäfer (Fn. 3), § 8 Rn. 16.

³³ Hirtz (Fn. 2), § 8 Rn. 11.

³⁴ Ulmer/Habersack, in: Festschrift für Hans Erich Brandner, 1996, S. 151 (165 f.).

³⁵ BGH NJW 1966, 1917.

³⁶ Ulmer/Habersack (Fn. 34), S. 166.

³⁷ Ulmer/Schäfer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, 5. Aufl. 2009, § 8 Rn. 5.

Abstellen könnte man insofern auf die Vermeidung der haftungs- und vollstreckungsrechtlichen Benachteiligung der Altgläubiger, die ohne § 28 Abs. 1 S. 1 BGB aus der Einbringung des Unternehmens in eine Personengesellschaft entstehen würde³⁸. Derartige Probleme entstehen dabei unabhängig von der Gesellschaftsform, was wiederum für eine Analogie spricht. Bei einem derartigen Verständnis würde man jedoch verkennen, dass die Vermeidung vollstreckungsrechtlicher Probleme lediglich eine Wirkung von § 28 Abs. 1 S. 1 HGB sein kann, nicht jedoch der Zweck, schließlich ist die Norm gem. § 28 Abs. 2 HGB dispositiv.³⁹

§ 28 Abs. 1 S. 1 HGB könnte jedoch auch als Ausdruck des Gedankens der Unternehmenskontinuität zu verstehen sein, aus der letztlich dann auch eine Haftungskontinuität resultiert.⁴⁰ Ein derartiges Verständnis würde jedoch hier die Besonderheiten des Mandatsverhältnisses unbeachtet lassen. Dieses ist durch ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt geprägt und daher von persönlicher Art.⁴¹ Das auch der Gesetzgeber von einem besonderen Vertrauensverhältnis ausgeht, zeigt sich unter anderem an der in § 2 BORA geregelten Verschwiegenheit des Anwalts. Folglich greift der Gedanke einer an der Kontinuität des Unternehmens anknüpfenden Haftungserwartung, welche eine Haftungserstreckung rechtfertigt, hier nicht.⁴²

Aus dem Gesetzeszweck des § 28 Abs. 1 S. 1 HGB lässt sich somit keine vergleichbare Interessenlage ableiten. Der Gesetzeszweck erscheint vielmehr fragwürdig⁴³, sodass § 28 Abs. 1 S. 1 HGB grundsätzlich eng auszulegen ist.⁴⁴ Letztlich muss daher der Wortlaut maßgeblich sein.⁴⁵

Eine analoge Anwendung ist daher zu verneinen.⁴⁶

4. Haftung für vor Eintritt begangene Berufsfehler gem. § 8 Abs. 1 S. 2 PartGG i.V.m. § 130 HGB

Weiterhin stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein neu eingetretener Partner gem. § 8 Abs. 1 S. 2 PartGG i.V.m. § 130 HGB haftet. Diesbezüglich wird vertreten, dass es ausreichend ist, wenn er nach seinem Beitritt an dem fehlerbehafteten Auftrag mitgewirkt hat.⁴⁷ Andere hingegen fordern, dass der zum Schadensersatz führende Fehler während der Mitwirkung des neu eingetretenen Partner begangen sein muss.⁴⁸

Die erstgenannte Ansicht beruft sich insoweit auf den Wortlaut, welcher keine Anhaltspunkte dafür enthalte, dass

³⁸ Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 Rn. 83.

³⁹ Burgard, in: Staub, Großkommentar zum HGB, 5. Aufl. 2009, § 28 Rn. 11.

⁴⁰ Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 8 II Rn. 93.

⁴¹ BGH NJW 2004, 836.

⁴² BGH NJW 2004, 836.

⁴³ Canaris (Fn. 38), § 7 Rn. 115.

⁴⁴ BGH NJW 2010, 3720 (3721).

⁴⁵ Canaris (Fn. 38), § 7 Rn. 17.

⁴⁶ Mahnke, WM 1996, 1029 (1033); Vossebürger, in: Feuerich/ Weyland, Kommentar zur BRAO, 8. Aufl. 2012, § 8 PartGG Rn. 8.

⁴⁷ BGH NJW 2010, 1360.

⁴⁸ Schäfer (Fn. 3), § 8 Rn. 32.

der Berufsfehler während der Mitwirkung des neu Eingetretenen passiert sein müsse.⁴⁹ Auch werden systematische Gründe gegen ein derartiges Verständnis angeführt. Schließlich habe der Gesetzgeber den Verweis auf § 130 HGB in § 8 Abs. 1 PartGG geregelt, welcher die Haftung zunächst unabhängig von einem Berufsfehler festschreibt. Hätte die Mitwirkung an letzterem Voraussetzung für eine Haftung sein sollen, so wäre der Verweis dieser Ansicht nach erst in § 8 Abs. 2 PartGG geregelt worden.⁵⁰

Dem ist jedoch zu entgegnen, dass der Standort des Verweises wohl eher damit zu erklären ist, dass zunächst das Haftungsregime der OHG (§§ 128 ff. HGB), welches als Regelungsvorbild diente, entsprechend der dortigen numerischen Abfolge in § 8 Abs. 1 PartGG abgebildet wurde, bevor dann in § 8 Abs. 2 PartGG als Besonderheit der Partnerschaftsgesellschaft die Haftung für Berufsfehler kodifiziert wurde. Des Weiteren ist § 8 Abs. 2 PartGG, wie bereits dargelegt, aus systematischen und teleologischen Gesichtspunkten als haftungsbegründende Norm einzustufen, deren Voraussetzung gerade ein Berufsfehler des Partners ist.⁵¹ Ferner würde eine Haftung ohne Mitwirkung des neu Eingetretenen an dem Berufsfehler impraktikable Folge nach sich ziehen. So müsste der neu eingetretene Anwalt vor Befassung mit Altmandaten, diese erst auf potentielle Haftungsrisiken untersuchen und unter Umständen die Bearbeitung im Ergebnis verweigern. Dies würde zum einen die praktische Arbeit der betreffenden Kanzlei stark behindern und widerspricht zum anderen dem Telos des § 8 Abs. 2 PartGG Rechtssicherheit zu schaffen.

⁴⁹ BGH NJW 2010, 1360 (1361).

⁵⁰ BGH NJW 2010, 1360 (1361).

⁵¹ Schäfer (Fn. 3), § 8 Rn. 32.