Bericht über die Diskussion

Dr. Eckart Bueren, Hamburg

ZGR 2014, 139–142

Im Rahmen der Diskussion wurden zunächst alle Fragen gesammelt, bevor die Referentin Gelegenheit zur Antwort erhielt. Davon abweichend sind im nachstehenden Bericht Frage und dazugehörige Antwort zur besseren Übersichtlichkeit soweit möglich gegenübergestellt.

Ein erster Diskutant lobte zunächst das beeindruckende rechtsvergleichende Panorama, welches der Vortrag aufgespannt habe. Der Diskutant beobachtete dazu eine einheitliche Grundtendenz, dass sich die klassische Personengesellschaft punktuell der Kapitalgesellschaft annähere. Manche Rechtsordnungen, namentlich Deutschland, öffneten die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, während andere, wie die USA und Frankreich, weitere Gesellschaftsformen zwischen Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft setzten. Daraus ergebe sich das im Referat beschriebene unübersichtliche Gesamtbild. Vor diesem Hintergrund warf der Teilnehmer die Frage auf, ob es einen Wettbewerb zwischen Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft gebe, bzw. ob sich die Personengesellschaft an der Kapitalgesellschaft orientieren müsse. Als den offenbar einzigen Punkt, in dem die Rechtsentwicklung umgekehrt verlaufen sei, verwies der Teilnehmer auf die Treuepflicht, welche in allen Rechtsordnungen aus dem Personengesellschaftsrecht in das Kapitalgesellschaftsrecht eingewandert sei.

Prof. *Windbichler* plädierte in ihrer Antwort dafür, die Unterscheidung von Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft als Grundmodell beizubehalten. Es gebe keine Annährung der Personengesellschaft an die Kapitalgesellschaft, wohl aber einen Trend zur rechtlichen Verselbständigung.

Ein zweiter Diskussionsteilnehmer richtete den Blick auf die rechtspolitischen Möglichkeiten der Ausrichtung des Personengesellschaftsrechts. Dazu erkundigte er sich, ob die Referentin auf Regeln gestoßen sei, die als Wesen der Personengesellschaft gelten könnten, in dem Sinne, dass sie unverzichtbar seien. Der Diskutant äußerte die Vermutung, dass solcherart unverzichtbare Elemente nicht bestünden. Es gebe keine logisch zwingende Kombination von Regelungen. Als Paradebeispiel für diese These verwies er auf die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV): Der europäische Gesetzgeber habe die EWIV detailliert ausgeformt, aber den nationalen Gesetzgebern die Entscheidung darüber überlassen, die EWIV als juristische Person einzuord-

nen. Hieran schloss der Teilnehmer die Frage an, ob man das rechtspolitische Panorama so aufbrechen könne, dass es keine zwingende Struktur der Personengesellschaft gebe.

Prof. *Windbichler* relativierte diese Ausführungen mit einem Seitenblick auf die Kapitalgesellschaft: Diese sei rechtsvergleichend nicht so uneinheitlich wie die Personengesellschaft, aber gleichwohl sei das Wesen der Kapitalgesellschaft schwer zu bestimmen. Anschließend verwies die Referentin auf zwei ubiquitäre Merkmale von Personengesellschaften: Erstens bestehe überall eine persönliche Haftung, wenn auch in beschränkter Form; dieser Unterschied zur Kapitalgesellschaft finde sich nach wie vor. Zweitens sei die Personengesellschaft durch einen Personenbezug charakterisiert, wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung.

Ein dritter Teilnehmer erweiterte die Diskussion um den Aspekt, inwieweit rechtliche Möglichkeiten der GbR auch außerhalb Deutschlands aufgenommen werden. Er verwies dazu auf das griechische, spanische und türkische Recht, wo die Treuepflicht des deutschen Rechts eine große Ausstrahlungskraft entwickelt habe. Weiterhin seien in der Türkei Wege des schlüssigen Zustandekommens einer GbR auf Interesse gestoßen. Vor diesem Hintergrund sprach sich der Diskutant dagegen aus, das Zustandekommen einer Gesellschaft unter Ehegatten als „übergestülpte Personengesellschaft" zu bezeichnen. Vielmehr spiele hier das positive deutsche Modell der Personengesellschaft eine große Rolle.

Die Referentin bemerkte zu diesem sowie dem zweiten Diskussionsbeitrag, dass die Treuepflicht zwar in der Tat ein Dreh- und Angelpunkt sei, gleichwohl aber Unklarheit bestehe, was genau die Treuepflicht eigentlich ist. Hierzu verwies Prof. *Windbichler* auf die zahlreichen Pflichten im angloamerikanischen Recht – namentlich *duty of care*, *duty of loyalty*, sowie *fiduciary duty* – und kontrastierte dies damit, dass in Frankreich die Gesellschafter keine Treue schulden.

Speziell zum dritten Diskussionsbeitrag stellte Prof. *Windbichler* klar, dass sie „übergestülpte Personengesellschaften" bewusst weggelassen habe, da diese besonders einfache Regelungen des Zustandekommens erforderten. Die reine Vertragsgesellschaft dürfe nicht beschädigt werden.

Ein vierter Diskutant wandte sich dagegen, die Unterscheidung von juristischer Person und Gesamthandsgemeinschaft wie im Referat als Einordnungskriterium zu verwenden. Ausschlaggebend sei vielmehr die Abgrenzung zur Bruchteilsgemeinschaft. Hierzu verwies der Diskutant darauf, dass in England der Partnership Act die Regelung des Common Law aufgehoben habe, dass die Vollstreckung in das Vermögen eines Partners möglich ist. Art. 111 ADHGB, heute § 124 HGB, sei historisch anders verstanden worden als im Referat dargelegt. Der historische Gesetzgeber

habe entschieden, dass die KG keine juristische Person ist, die Frage der Rechtsfähigkeit aber offen gelassen. Für nötig erachtet worden sei lediglich eine Parteibezeichnungsregelung, die sich heute in § 124 II HGB finde. Entscheidend sei, ob der Gläubiger eines Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken kann. Bei der Gesamthand sei dies nicht möglich, wohl aber bei der Bruchteilsgemeinschaft. Der heutige § 736 ZPO entspreche in der Sache Art. 119 ADHGB. Der Gläubiger eines Gesellschafters kann danach nicht in das Vermögen der OHG vollstrecken. Das in Art. 119, 121 ADHGB geregelte Gesamthandsprinzip sei ein Prinzip der Vermögensbindung und zugleich in personenrechtlicher Hinsicht Grundlage für die Anerkennung einer geschlossenen Kollektivperson. Dieses Prinzip der Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens mit Beschränkung der Privatgläubiger auf die Auseinandersetzungsguthaben habe *Levin Goldschmidt* bereits für die OHG nach Genuesischem Recht von 1588 nachgewiesen.

Prof. *Windbichler* stimmte dahingehend zu, dass die Aspekte, wen man verklagen und wohinein man vollstrecken kann, treibende Kräfte seien. Sie ergänzte, dass die Bereitschaft, selbständige Vermögensmassen anzuerkennen, im deutschen Recht rechtsvergleichend eher gering sei. Eine größere Bereitschaft finde sich historisch in Frankreich und England.

Ein fünfter Teilnehmer begann seinen Beitrag mit der rhetorischen Frage, ob Fazit des Referats nun sein müsse, dass alles beliebig sei und gemeinsame Grundzüge fehlten. Hierzu stellte er sodann zwei Thesen vor:

Erstens gebe es nicht mehr die Personengesellschaft, sondern nur Personengesellschaften in bestimmten wirtschaftlichen Kontexten. In Luxemburg sowie Frankreich existierten 10 bis 12 verschiedene Formen der Personengesellschaft, welche an die konkrete Verwendung angepasst seien. Die Kategorien des deutschen Rechts seien daher nicht als Ausgangspunkt für die Rechtsvergleichung verwendbar.

Zweitens solle man von der dogmatischen Betrachtung der Personengesellschaft als Ganzes stärker zu einer funktionsbezogenen Betrachtung in einzelnen Verwendungskontexten übergehen. Insoweit gehe ein Vereinheitlichungsdruck von dem Wettbewerb der Rechtsordnungen aus. Ein solcher Ansatz verspreche konkret verwertbare Ergebnisse der Rechtsvergleichung.

Diese Thesen schränkte Prof. *Windbichler* dahingehend ein, dass man bei der Rechtsvergleichung stets mit einer nationalen Betrachtung beginne, um dann über die nationalen Kategorien hinauszugehen. Bei einer funktionalen Rechtsvergleichung argumentiere man ohnehin ökonomisch.

Ein letzter Diskussionsteilnehmer bat um eine Stellungnahme dazu, ob es einen internationalen Trend gibt, dass auch die Gesellschafter einer Personengesellschaft nur beschränkt haften. Zudem erkundigte er sich, warum die

Referentin die LLC nicht behandelt habe, die im Einleitungsvortrag noch mit erwähnt wurde.

Prof. *Windbichler* antwortete, dass sie die LLC nicht behandelt habe, weil diese weit von der Personengesellschaft entfernt sei. Mit Blick auf die erste Frage argumentierte sie, dass der Trend zur Haftungsbeschränkung kein Trend weg von der Personengesellschaft sei, da es sich auch bei der beschränkten Haftung um eine persönliche Haftung handele.