

Personengesellschaften in Italien und Deutschland

Grundlagen, Entwicklungslinien, Strukturmerkmale

Von HOLGER FLEISCHER und PETER AGSTNER, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I. Einführung	300
II. Grundlagen des italienischen und deutschen Personengesellschaftsrechts	302
1. Gemeinsamkeiten	302
2. Unterschiede	304
III. Historische Entwicklungslinien des italienischen und deutschen Personengesellschaftsrechts	307
1. Zivilgesellschaft	307
2. Offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft	310
IV. Heutige Strukturmerkmale der Personengesellschaften in Italien und Deutschland	315
1. Rechtsnatur und Grad der rechtlichen Verselbständigung	315
a) Italien	315
b) Deutschland	318
c) Würdigung	322
2. Haftungsverfassung	328
a) Italien	328
b) Deutschland	331
c) Würdigung	335
3. Geschäftsführung und Vertretung	338
a) Italien	338
b) Deutschland	340
c) Würdigung	341
V. Schluss	342
Summary: Civil and Commercial Partnerships in Italy and Germany – Foundations, Developments, Distinctive Features	343

* Der Beitrag beruht auf gemeinsamen Überlegungen und Diskussionen. Im Einzelnen hat Holger Fleischer die Teile I, II, IV 1. b)–c), 2. b)–c), 3. b)–c) konzipiert, Peter Agstner die Teile II, IV, 1. a), 2. a), 3. a) und V.

I. Einführung

Das Personengesellschaftsrecht gehört nicht zu jenen Höhenlagen, die von der Sonne der Rechtsvergleichung besonders verwöhnt werden. Eine länderübergreifende Gesamtdarstellung liegt schon längere Zeit zurück.¹ Für diese Vernachlässigung durch die in- und ausländische Komparatistengilde lassen sich verschiedene Erklärungen anführen. Erstens fehlt es – anders als bei den Kapitalgesellschaften – an harmonisierendem Richtlinienrecht, das einen natürlichen Referenzrahmen für rechtsvergleichende Forschung böte. Auf Unionsebene ist die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) ein personengesellschaftsrechtlicher Solitär geblieben. Zweitens wird der vergleichende Zugriff dadurch erschwert, dass man es mit heterogenen Gebilden aus unterschiedlichen Epochen zu tun hat: der Zivilgesellschaft mit ihren römischen Wurzeln als reiner Innengesellschaft einerseits und den verselbständigten Personenhandelsgesellschaften spätmittelalterlicher Provenienz andererseits. Drittens hat das Recht der Personengesellschaften im Laufe vieler Jahrzehnte gerade in Deutschland einen solchen Reifegrad erreicht, dass Rechtsprechung und Rechtslehre kaum auf ausländische Erfahrungen angewiesen waren. Viertens hat das Interesse der jüngeren Wissenschaftlergeneration an Personengesellschaften in dem Maße abgenommen, in dem die Wahl der Wirtschaftspraxis immer häufiger auf haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaften fiel.

Gleichwohl gibt es gute Gründe, warum das vergleichende Personengesellschaftsrecht gerade heute vielversprechende Forschungsperspektiven bietet. Zum ersten sind die Forschungslücken hier besonders groß, unabhängig davon, ob man sich der Materie mit dogmengeschichtlichen,² rechtsökonomischen³ oder traditionell vergleichenden⁴ Methoden nähert. Zum zweiten erscheint es ebenso wie im Vertrags- oder Deliktsrecht reizvoll zu untersuchen, ob sich im Laufe der Zeit ein gemeinsamer Kanon an Rechtsregeln, ein *common core of partnership law*, herausgebildet hat. Zum dritten liegt offen zutage, dass die personengesellschaftsrechtlichen Kodifikationen vergangener Jahrhunderte allerorten mit Alterserscheinungen kämpfen und unter

¹ Vgl. Jacques Heenen, Partnerships and Other Personal Associations for Profit, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XIII: Business and Private Organizations, Part 1 (1978) Chapter 1; mit engerem Fokus Christine Windbichler, Eine internationale Landkarte der Personengesellschaften (einschließlich juristische Personen und Gesamthand), ZGR 2014, 110.

² Vgl. zur Figur der *societas leonina* zuletzt Holger Fleischer, Gewinn- und stimmrechtslose Personengesellschafts- und GmbH-Geschäftsanteile – eine rechtsvergleichende Skizze, in: FS Johannes Köndgen (2016) 201, 202 ff.

³ Eingehend neuerdings Lars Klöhn, Minderheitenschutz im Personengesellschaftsrecht – Rechtsökonomische Grundlagen und Perspektiven, AcP 216 (2016) 281.

⁴ Vgl. jüngst Holger Fleischer/Elke Heinrich/Matthias Pendl, Reform der österreichischen Gesellschaft bürgerlichen Rechts – ein Vorbild für Deutschland?, NZG 2016, 1001.

dogmatischen Verkrustungen leiden.⁵ Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch hat darauf im Jahre 2014 mit einer Grundsatzreform seiner Gesellschaft bürgerlichen Rechts reagiert.⁶ Auch hierzulande ist eine Modernisierung des Personengesellschaftsrechts überfällig, wie sie jüngst der 71. Deutsche Juristentag 2016 in Essen mit großer Mehrheit angemahnt hat.⁷ Für eine solche Reform ist rechtsvergleichender Sachverstand unerlässlich. Zum vierten hauchen Rechtsformneuschöpfungen im Ausland dem Personengesellschaftsrecht frischen Atem ein, namentlich die US-amerikanische *limited liability partnership* und ihre Schwesterformen. Eine prominente Stimme spricht insoweit vom unaufhaltsamen Aufstieg der *uncorporation*.⁸ In der angelsächsischen Wirtschaftspresse liest man, dass diese Hybridformen in der Praxis boomen und damit den Niedergang der *partnerships*, der in der Ära von *Charles Dickens'* „Dombey und Sohn“ (1848) begonnen hatte, in sein Gegenteil verkehrt haben.⁹ Niederländische Kollegen werben neuerdings sogar dafür, einen internationalen *Model Act* für *uncorporations* zu erarbeiten.¹⁰

Wie überall erweist sich Rechtsvergleichung auch im Personengesellschaftsrecht als anspruchsvolle Aufgabe. Nur durch eine Fülle von Einzelbildern entsteht allmählich ein rechtsvergleichender Panoramablick, der die notwendige Grundlage für eine – noch zu schreibende – *Anatomy of Partnership Law* schafft. Die vorliegende Abhandlung steuert hierzu Beobachtungen aus deutsch-italienischer Perspektive bei. Gerade für Personengesellschaften ist Italien eine ideale Referenzrechtsordnung: rechtshistorisch, weil sich offene Handelsgesellschaft (oHG) und Kommanditgesellschaft (KG) im oberitalienischen Handelsverkehr des Spätmittelalters und der Renaissancezeit herausgebildet haben; rechtsdogmatisch, weil die *società di persone* nicht als Gesamthandsgesellschaften strukturiert sind und ihr Studium damit Rückschlüsse darauf zulässt, inwieweit sich die theorieverliebte deutsche Debatte

⁵ Vgl. am Beispiel Österreichs *Susanne Kalss*, Die Entwicklung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts über 200 Jahre, in: FS 200 Jahre ABGB, Bd. I (2011) 441.

⁶ Näher *Fleischer/Heinrich/Pendl*, NZG 2016, 1001, 1002 ff. m. w. N.

⁷ Vorbereitend *Carsten Schäfer*, Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag (2016); sodann Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht, Nr. 1: „Eine Reform des Personengesellschaftsrechts ist geboten, um das geschriebene Recht mit dem geltenden Recht in Einklang zu bringen. Angenommen 43:2:3.“

⁸ Vgl. *Larry Ribstein*, *The Rise of the Uncorporation* (2010).

⁹ Vgl. *The Big Engine that Couldn't*, *The Economist* vom 19.5.2012, S. 24, 25 mit dem erläuternden Zusatz: „The result has been a revolution: one-third of America's tax-reporting businesses now classify themselves as partnerships. They have adopted exotic forms of corporate organisation, such as Limited Liability Limited Partnerships (LLLPs), Publicly Traded Partnerships (PTPs) and Real Estate Investment Trusts (REITs).“

¹⁰ Vgl. *Joseph McCahery/Eric Vermeulen/Priyanha Prydershini*, *A Primer on the Uncorporation*, EBOR 14 (2013) 305.

um das Wesen der Personengesellschaft als „Gefangene der Gesamthand-
diskussion“¹¹ erweist.

II. Grundlagen des italienischen und deutschen Personengesellschaftsrechts

1. Gemeinsamkeiten

Wer einen orientierenden Rundgang durch das italienische Personenge-
sellschaftsrecht unternimmt,¹² begegnet auf den ersten Blick bekannten
Strukturen: Wie an einer Perlenschnur reiht das Fünfte Buch des *Codice ci-
vile* (Cc) unter dem Titel V „Delle società“ nach vier allgemeinen Bestim-
mungen für alle Gesellschaftsformen (Art. 2247–2250) die einfache Gesell-
schaft (*società semplice*, Art. 2251–2290), die offene Handelsgesellschaft (*società
in nome collettivo*, Art. 2291–2312) und die Kommanditgesellschaft (*società in
accomandita semplice*, Art. 2313–2324) aneinander. Auch seine Regelungssys-
tematik kommt uns vertraut vor: Die Vorschriften über die einfache Gesell-
schaft bilden einen personengesellschaftsrechtlichen Grundstock, auf den
Art. 2293 Cc für die oHG verweist; für die KG wiederum verweist Art. 2315
Cc auf das oHG-Recht. So wie §§ 705 ff. BGB die Basisnormen für alle
Personengesellschaften bilden, verkörpert die *società semplice* mithin den
„prototipo normativo“¹³ für sämtliche *società di persone*. Beim Geschäftsge-
genstand ist ebenfalls ein gewisser Gleichlauf zum deutschen Recht gege-
ben: Während die einfache Gesellschaft gemäß Art. 2249 Abs. 2 Cc auf
nicht handlungsgewerbliche Tätigkeiten beschränkt ist, haben oHG und KG
nach Art. 2249 Abs. 1 Cc grundsätzlich die Ausübung einer Handelstätigkeit
zum Gegenstand.¹⁴

Rechtstatsächlich zählen Italien und Deutschland zu jenen Ländern, in
denen Personengesellschaften im Wirtschaftsleben nach wie vor eine große
Rolle spielen. Für Italien verzeichneten die Statistiken zwar im letzten Jahr-
zehnt einen leichten Bedeutungsrückgang, doch sind die absoluten Zahlen
zum Stichtag März 2013 noch immer enorm hoch:¹⁵ 540.862 oHG, 504.596
KGs und 72.743 einfache Gesellschaften, davon 46.052 Agrargesellschaften.

¹¹ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) § 46 II 1, S. 1363.

¹² Für eine ebenso exzellente wie prägnante Zusammenfassung in deutscher Sprache Peter
Kindler, Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht² (2013) § 4 Rn. 4 ff. und Rn. 35 ff.

¹³ Gian Franco Campobasso, Diritto delle società⁹ (2015) 55; zustimmend Luca Pisani, Le
società di persone, in: Diritto commerciale, Bd. II, hrsg. von Marco Cian (2014) 155; Valeria
Renzulli, in: Commentario breve al diritto delle società³, hrsg. von Alberto Maffei Alberti
(2015) Art. 2251, Anm. I Rn. 6.

¹⁴ Vgl. statt vieler Campobasso, Diritto delle società (vorige Fn.) 39.

¹⁵ So auch die Beurteilung von Pisani, Società di persone (Fn. 13) 69: „In effetti, il nume-
ro di società di persone resta in assoluto molto elevato.“

Insgesamt vereinen die *società di persone* damit einen Anteil von 44 % aller eingetragenen Gesellschaften in sich.¹⁶ In Deutschland hat man zum Stichtag 1. Januar 2016 insgesamt 24.215 oHG's und 257.861 KG's gezählt,¹⁷ wobei die Zahl Ersterer weiter schrumpft¹⁸ und die Letzterer unverändert wächst.¹⁹ Für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) fehlen mangels Registrierung zuverlässige Zahlen, die Umsatzsteuerstatistik 2014 weist 205.904 umsatzsteuerliche Unternehmer in Form der GbR aus.²⁰ Der Anwendungsbereich von oHG und KG überschneidet sich in beiden Ländern weithin: Sie werden bevorzugt für den Betrieb kleiner und mittlerer Unternehmen in Gewerbe, Handwerk und Kleinindustrie eingesetzt. Die einfache Gesellschaft wird in Italien hauptsächlich in der Landwirtschaft verwendet, steht aber auch den freien Berufen offen,²¹ für die es allerdings zum Teil neuere sondergesetzliche Formen gibt.²²

Den anhaltenden Erfolg der Personengesellschaften in Italien führt man wesentlich auf ihr vorteilhaftes Steuerregime zurück.²³ Für Zwecke der Einkommensbesteuerung gilt dort wie hierzulande das sogenannte Transparenzprinzip.²⁴ Danach werden die Einkünfte einer Personengesellschaft den einzelnen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Gewinnbeteiligung als eigene Einkünfte zugerechnet; etwaige Verluste kann der betreffende Gesellschafter steuermindernd mit seinen anderweitigen Gewinnen verrechnen.²⁵ Nur die Bemessungsgrundlage wird auf der Ebene der Personengesellschaft einheitlich und gesondert festgestellt.

¹⁶ Näher dazu *Gastone Cottino*, in: *Le nuove società di persone*, hrsg. von dems./Oreste Cagnasso (2014) S. XV–XVI.

¹⁷ Zahlen nach *Udo Kornblum*, Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand: 1.1.2016), *GmbHR* 2016, 691, 700.

¹⁸ Dazu *Kornblum*, *GmbHR* 2016, 691, 697 mit der relativierenden Bemerkung, dass sich der oHG-Bestand immerhin in 6 Bundesländern vergrößert hat: „Ist es ein Zufall, dass es sich dabei mit Ausnahme von Baden-Württemberg und Berlin um Küstenländer handelt? Oder steckt dahinter die hanseatische Kaufmannstradition, die einer persönlichen Haftung den Vorzug vor der Anonymität von Kapitalgesellschaften gab?“

¹⁹ Vgl. *Kornblum*, *GmbHR* 2016, 691, 697: „Das kontinuierliche Wachstum der KG ist gewiss weiterhin primär auf die nach wie vor anhaltende Beliebtheit der ‚Kapitalgesellschaft Co. KG‘ zurück zu führen.“

²⁰ Vgl. *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 14, Reihe 8.1, Umsatzsteuerstatistik 2014 (Vorankündigungen), S. 48.

²¹ Dazu *Pisani*, *Società di persone* (Fn. 13) 155.

²² Näher zu den *società fra professionisti* und speziell zur *società fra avvocati* etwa *Campobasso*, *Diritto delle società* (Fn. 13) 12 ff., 22 ff.

²³ Vgl. *Pisani*, *Società di persone* (Fn. 13) 70: „I motivi del successo delle società di persone vanno ravvisati in primo luogo nel trattamento tributario, ispirato al principio della trasparenza fiscale.“

²⁴ Monografisch *Pietro Boria*, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone* (1996).

²⁵ Vgl. Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 2 des Dekrets des Präsidenten der Republik vom 22.12.1986, Nr. 917; aus dem Schrifttum *Alessandro Vicini Ronchetti*, *Aspetti tributari della società in nome collettivo*, in: *Cottino/Cagnasso*, *Le nuove società di persone* (Fn. 16) 469 ff. m. w. N.

2. Unterschiede

Die grundkonzeptionellen Unterschiede beginnen damit, dass Italien seit dem Jahre 1942 – inspiriert durch die berühmte Bologneser Antrittsvorlesung von *Cesare Vivante*²⁶ – über ein einheitliches Gesetzbuch des Privatrechts (*Codice unico*) verfügt.²⁷ Alle Personengesellschaften sind seither in ein und derselben Kodifikation, dem *Codice civile*, geregelt. Benutzerunfreundliche Außenverweisungen wie die in § 105 III HGB auf §§ 705 ff. BGB²⁸ gehören damit der Vergangenheit an.

Sachlich weicht insbesondere die einfache Gesellschaft in mancher Hinsicht von der hiesigen GbR ab. Sie ist seit der Reform von 1942 als wirtschaftlich tätige Außengesellschaft konzipiert und hat damit einen wesentlich engeren Anwendungsbereich als die GbR.²⁹ Seit 1993 muss sie in eine Sonderabteilung des Unternehmensregisters eingetragen werden,³⁰ auch wenn diese Eintragung keine rechtsbegründende Wirkung, sondern nur einen verlautbarenden Charakter (*pubblicità notizia*) hat.³¹ Die bei uns verbreitete Erscheinungsform der Innen-GbR findet demnach in Italien kein getreuliches Gegenstück; mit der sogenannten *società occulta* verbinden sich andere Einsatzfelder und Rechtsfolgen.³² Zudem ist die bloße Vermögensverwaltung, die hierzulande häufig in Form einer GbR oder oHG (vgl. § 105 II 2 HGB) erfolgt, kein statthafter Gesellschaftszweck. Für alle Gesellschaften bestimmt Art. 2248 Cc vielmehr, dass die nur zum Zwecke der Nutzung einer oder mehrerer Sachen begründete oder fortgeführte Gemeinschaft eine rein sachenrechtliche Gemeinschaft nach Bruchteilen (*comu-*

²⁶ *Cesare Vivante*, Per un codice unico delle obbligazioni, Arch.Giur. 49 (1888) 497; hiervon allerdings später abrückend *ders.*, L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma, Riv.dir.comm. 1925, I, 572.

²⁷ Vgl. zu diesem Übergang auf ein System des „Code unique“ etwa *Giuseppe Benedetto Portale*, Neue Perspektiven des italienischen Handelsrechts, in: Jahrbuch für italienisches Recht 23 (2011) 3; früher *Marco Rotondi*, Entstehung und Niedergang des autonomen Handelsrechts in Italien, AcP 167 (1967) 29.

²⁸ Zu den Vor- und Nachteilen der Verweisungstechnik im Personengesellschaftsrecht *Fleischer/Heinrich/Pendl*, NZG 2016, 1001, 1005 m. w. N.

²⁹ Klar herausgestellt auch bei *Oreste Cagnasso*, La società semplice, in: Trattato di diritto civile, hrsg. von Rodolfo Sacco (1998) 17: „La nozione di società fornita dal par. 705 BGB risulta molto ampia, dal momento che il contratto è definito con riferimento all'obbligo di conferimento ed al raggiungimento di uno scopo comune.“

³⁰ Vgl. Gesetz vom 29.12.1993, Nr. 580 und Dekret des Präsidenten der Republik vom 7.12.1995, Nr. 581.

³¹ Vgl. *Gian Franco Campobasso*, Diritto dell'impresa⁵ (2007) 113 ff.; eingehend – auch zur Sonderrolle der landwirtschaftlichen Gesellschaft (*pubblicità legale con effetti dichiarativi*) – *Pisani*, Società di persone (Fn. 13) 156 f.

³² Zu dieser ursprünglich vom Schrifttum (insbesondere *Walter Bigiavi*, L'imprenditore occulto (1954) und *ders.*, Difesa dell'imprenditore occulto (1962)) entwickelten Figur und ihrer haftungsrechtlichen Zielsetzung *Campobasso*, Diritto delle società (Fn. 13) 60 ff.

nione) darstellt.³³ Folgerichtig wird sie in der Artikelüberschrift nicht als *società di godimento*, sondern als *comunione a scopo di godimento* bezeichnet. Umstritten ist ferner, inwieweit sich Gelegenheitsgesellschaften (*società occasionali*) als Gesellschaften ohne Unternehmen (*società senza impresa*) unter die Vorschriften des Personengesellschaftsrechts subsumieren lassen.³⁴ Als eine solche Gelegenheitsgesellschaft hat der Kassationshof eine Lottospielgemeinschaft eingeordnet.³⁵ Nimmt man schließlich hinzu, dass die *società semplice* – wie alle anderen Gesellschaften – gemäß Art. 2247 Cc eine Gewinnerzielungsabsicht (*scopo di lucro*) verlangt und Idealgesellschaften damit grundsätzlich ausgrenzt (Ausnahme: *impresa sociale*), lässt sich erahnen, warum sie in der Rechtspraxis abseits landwirtschaftlicher Betriebe keine allzu große Verbreitung gefunden hat.³⁶ Eine Reformkommission aus jüngerer Zeit wollte sie daher sogar gänzlich abschaffen und im Gegenzug den Anwendungsbereich der oHG erweitern.³⁷

Blickt man auf die oHG und KG in Italien, fällt zunächst ins Auge, dass sie nach Art. 2249 Abs. 2 Cc auch für nicht handelsgewerbliche Tätigkeiten offenstehen, wenn die Gesellschafter dies vereinbaren.³⁸ Eine Grundtypenvermischung nach dem Vorbild der deutschen GmbH & Co. KG³⁹ hatte die höchstrichterliche Rechtsprechung lange Zeit verboten – ursprünglich, weil zu einer Kapitalgesellschaft kein persönliches Vertrauensverhältnis (*intuitus personae*) bestehen könne; später, weil die Beteiligung einer Kapitalgesell-

³³ Näher *Claudia Contarini*, in: *Commentario breve al diritto delle società*³, hrsg. von Alberto Maffei Alberti (2015) Art. 2248, Anm. I Rn. 2 ff.

³⁴ Vgl. dazu *Campobasso*, *Diritto delle società* (Fn. 13) 10 ff.; eingehend *Giovanni Figà-Talamanca/Paolo Spada*, *Società occasionali*, in: *Enciclopedia del diritto*, Bd. III (1999) 989 ff.

³⁵ Vgl. Cass. 11.11.1959, n. 3343, *Banca borsa* 1960, II, 37; gegen eine Einordnung als Personengesellschaft *Figa-Talamanca/Spada*, *Società occasionali* (vorige Fn.) 991; eingehend für Deutschland und viele andere Rechtsordnungen *Holger Fleischer/Jakob Hahn*, *Das Gesellschaftsrecht der Tippgemeinschaft – Ein Lehrstück zur Innengesellschaft bürgerlichen Rechts*, NZG 2017, 1.

³⁶ Vgl. *Campobasso*, *Diritto delle società* (Fn. 13) 55: „[N]ella pratica essa non ha avuto una significativa diffusione.“ Ähnlich *Francesco Santi*, in: *Trattato di diritto civile – Società in genere, società di persone*, hrsg. von Paolo Cendon (2014) 168: „scarse applicazioni pratiche del modello della società semplice“.

³⁷ Vgl. den Abschlussbericht der sog. *Rovelli-Kommission*; abgedruckt in *Le Società* 2000, 1378: „La Commissione propone la cancellazione della società semplice e l’impiego della società in nome collettivo quale struttura elementare per l’esercizio di attività sia commerciale che non commerciale con il contemporaneo riconoscimento nella definizione di società di uno scopo non solo lucrativo, ma anche comprensivo di vantaggi patrimoniali, per i soci, diversi dal lucro.“

³⁸ Zur insoweit bestehenden Privatautonomie Maffei Alberti/Contarini (Fn. 33) Art. 2249, Anm. II Rn. 1 f.

³⁹ Zu ihrer Entwicklung durch die Kautelarpraxis und ihrer Anerkennung durch die Rechtsprechung *Holger Fleischer/Till Wansleben*, *Die GmbH & Co. KG als kautelarjuristische Erfolgsgeschichte – BayObLG vom 16. Februar 1912 – Portlandzementfabrik, Stein- und Kalkwerk August M. GmbH & Co. KG*, GmbHR 2017, 169.

schaft an einer Personengesellschaft unzulässig sei.⁴⁰ Letzteres hat sich durch die große Gesellschaftsrechtsreform von 2003 (*Riforma Vietti*) geändert,⁴¹ sodass die Gründung einer italienischen GmbH & Co. KG nunmehr zulässig ist.⁴² Hierauf hat man im Schrifttum unter Hinweis auf die deutschen Erfahrungen wiederholt hingewiesen,⁴³ doch hat die Kautelarpraxis dieses Angebot bisher nicht aufgegriffen. Schließlich verdient Hervorhebung, dass weder die Personenhandelsgesellschaften noch die einfache Gesellschaft als Gesamthandsgemeinschaften strukturiert sind. Zwar hat diese Form der Personenvereinigung und Vermögensorganisation – übersetzt als *principio della comunione in mano comune* – bei führenden italienischen Autoren schon früh Aufmerksamkeit gefunden,⁴⁴ doch vermochte man ihr als Rechtsfigur wenig abzugewinnen: Francesco Ferrara, ein berühmter Rechtslehrer aus Pisa, mokierte sich in seiner Theorie der juristischen Person mit wenig schmeichelhaften Worten über die fehlende Abstraktionskraft des deutschen Rechts, das sich der Idee einer von ihren Gesellschaftern verselbständigten Wirkungseinheit verschlossen habe,⁴⁵ und wies die Konstruktion der Gesamthand als inakzeptabel zurück.⁴⁶ Im Ergebnis ähnlich, aber im Ton verbindlicher verwarf Renzo Bolaffi ein Vierteljahrhundert später die deutsche Gesamthand in seinem Grundlagenwerk zur *società semplice* als eine der italienischen Mentalität fremde Konzeption.⁴⁷

⁴⁰ Vgl. Cass. S.U. 17.10.1988, n. 5636, Foro it. 1988, I, 3247; kritisch Giovanni Emanuele Colombo, La partecipazione di società di capitali ad una società di persone, Riv.soc. 1998, 1513; rechtsvergleichend Peter Winkler, Die GmbH und GmbH & Co. KG im italienischen Recht, GmbHR 1990, 329.

⁴¹ Vgl. Art. 2361 Abs. 2 Cc.

⁴² Vgl. Campobasso, Diritto delle società (Fn. 13) 126 mit Fn. 7: „È frequente in altri Paesi (Germania) la costituzione di società in accomandita semplice in cui unico socio accomandatario è una società di capitali interamente posseduta dagli stessi accomandanti. Prassi che potrebbe ora svilupparsi anche nel nostro ordinamento, essendo caduti gli ostacoli legali frapposti alla partecipazione di società di capitali in società di persone.“

⁴³ Eingehend namentlich Umberto Tombari, La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo ‚modello di organizzazione dell’attività di impresa‘, Riv.soc. 2006, 185, 191 ff.

⁴⁴ Vgl. Francesco Ferrara, Teoria delle persone giuridiche² (1923) 53 ff. und öfter; eingehend auch Renzo Bolaffi, La società semplice (1947, Nachdruck 1975) 29 ff.

⁴⁵ Vgl. Ferrara, Teoria (vorige Fn.) 45: „Il diritto germanico non è mai arrivato alla concezione d’un ente ideale distinto dalla collettività degli individui associati: per questo era necessario una forza di astrazione di cui un popolo primitivo non è capace. Il diritto germanico s’è fermato all’idea ingenua e materialistica che vede nelle associazioni nient’altro che una pluralità di persone aventi dei beni comuni [...]“

⁴⁶ So Francesco Ferrara, La personalità giuridica delle società di commercio, Riv.dir.comm. 1910, I, 94, 99: „Questa costruzione però non è accettabile [...]“

⁴⁷ So Bolaffi, La società semplice (Fn. 44) 32: „una concezione estranea alla nostra mentalità“.

III. Historische Entwicklungslinien des italienischen und deutschen Personengesellschaftsrechts

Der heutige Stand des Personengesellschaftsrechts ist das Ergebnis zweier historischer Entwicklungsstränge, über die nacheinander zu berichten ist.

1. Zivilgesellschaft

Die gesetzlichen Basismodelle der Zivilgesellschaft in Italien und Deutschland – die *società semplice* und die GbR – lassen sich beide auf die römische *societas* zurückführen. Deren Grundstrukturen wurden vorzeiten in den großen Werken von Wieacker⁴⁸ und Arangio-Ruiz⁴⁹ erforscht. Danach war es mehr als ein halbes Jahrhundert recht still um die *societas*,⁵⁰ bevor sie die jüngere Rechtshistorikergeneration als Forschungsgegenstand wiederentdeckt und aus unterschiedlichen Blickwinkeln monografisch aufgearbeitet hat.⁵¹ Die Romanistik definiert sie heute nahezu einhellig als Zusammenschluss zweier oder mehrerer Personen, um einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Mitteln zu fördern.⁵² Als Konsensualvertrag erzeugt die klassische *societas* allein durch formloses Einverständnis ein Schuldverhältnis *bonae fidei* unter den Gesellschaftern (*socii*).⁵³ Sie tritt nach außen nicht als Verband in Erscheinung, sondern bildet eine reine Innengesellschaft.⁵⁴ Ein

⁴⁸ Franz Wieacker, *Societas: Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft – Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, Erster Teil (1936).

⁴⁹ Vincenzo Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano* (1950).

⁵⁰ Diese wissenschaftliche Abstinenz notierend bereits Max Kaser, *Neue Literatur zur „Societas“*, SDHI 41 (1975) 278.

⁵¹ Vgl. in zeitlicher Reihenfolge Franz-Stefan Meissel, *Societas – Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages* (2004); Ralf Mehr, *Societas und universitas – Römischnrechtliche Institute im Unternehmensgesellschaftsrecht vor 1800* (2008); Andreas Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen* (2010) 117 ff. und öfter; Simon Blath, *Societas sive communio – Zum Begriff des Personengesellschaftsvertrags vom Humanismus bis zum 19. Jahrhundert* (2010); Francis Limbach, *Gesamthand und Gesellschaft – Geschichte einer Begegnung* (2016).

⁵² Vgl. Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, Erster Abschnitt (1955) § 133.3, S. 478; ders./Rolf Knütel/Sebastian Lohse, *Römisches Privatrecht*²¹ (2017) § 43 Rn. 1; Mario Talamanca, *La „societas“ – Corso di lezioni di diritto romano* (2012) 91 f.; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations* (1990) 451.

⁵³ Anschaulich David Daube, *Societas as Consensual Contract*, Cambridge L.J. 6 (1938) 381, 391: „Socii no doubt, are not merely ‘hostile’ parties like buyer and vendor, each being bent on getting the utmost out of each other: they are also ‘friends’, as against third persons.“ Ferner Mario Talamanca, *Società (dir. rom.)*, in: *Enciclopedia del diritto*, Bd. XLII (1990) 814, 820 f.

⁵⁴ Vgl. Kaser, *Römisches Privatrecht* (Fn. 52) § 133.3, S. 479: „Sie ist kein ‚corpus‘, insbesondere keine Gesamthand. Rechtshandlungen des einzelnen Gesellschafters wirken nur für und gegen ihn, nicht gegenüber der Gesamtheit der socii.“ Talamanca, *La „societas“* (Fn. 52) 145 ff.

Gesellschaftsvermögen (*arca communis*) ist nicht begriffsnotwendig. Wo es besteht, wird es nach den Grundsätzen für die Gemeinschaft (*communio*) beurteilt, steht also im Miteigentum der Gesellschafter nach Bruchteilen.⁵⁵ In der Praxis des römischen Gesellschaftsrechts schloss der einheitliche Universaltypus der *societas* eine enorme Struktur- und Typenvielfalt ein.⁵⁶ Gliedert man sie nach dem Geschäftsgegenstand, so lassen sich Universalgesellschaften (*societates universorum*) und Partikulargesellschaften (*societates particulares*) unterscheiden.⁵⁷ Erstere beziehen sich auf das gesamte Vermögen der Gesellschafter, Letztere auf den Betrieb eines Geschäfts mit einem bloß auf den Gesellschaftszweck beschränkten (oder gar keinem) Gesellschaftsvermögen.

Dieses Grundmodell der römischen *societas* hat sich über Jahrhunderte gehalten⁵⁸ und wurde durch Justinian im *Corpus Iuris Civilis* für die Nachwelt konserviert.⁵⁹ Weil es fast ausschließlich das Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern regelte, sahen sich die Schriftsteller des *ius commune* allerdings veranlasst, die überlieferten Rechtsregeln später fortzubilden und zu ergänzen, um den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen.⁶⁰ Zudem versuchten sie der instabilen Innengesellschaft größere Bestandssicherheit zu verleihen.⁶¹ Als besonders einflussreich erwies sich die Abhandlung von Robert-Joseph Pothier (1699–1772) über den Gesellschaftsvertrag,⁶² die auf dem Grundmuster der römischen *societas* beruhte.

⁵⁵ Vgl. Kaser/Knützel/Lohsse, Römisches Privatrecht (Fn. 52) § 43 Rn. 9; Talamanca, La „la societas“ (Fn. 52) 165; eingehend Meissel, Societas (Fn. 51) 225ff.

⁵⁶ Näher Meissel, Societas (Fn. 51) 63ff.; bündig Felecciano Serrao, Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale (1989) 90: „Anche nell'esperienza giuridica romana quindi più che ‚la società‘ sono presenti ‚le società‘.“

⁵⁷ Noch weitergehend die Abstufung bei Ulpian 31 ad ed D. 17.2.5 pr, der neben der umfassenden Vermögensgemeinschaft (*societas universorum bonorum*) die Gesellschaft über den gemeinsamen Betrieb eines Unternehmens (*societas negotiationis alicuius*) und die Gelegenheitsgesellschaft für ein einzelnes Rechtsgeschäft (*societas rei unius*) unterscheidet.

⁵⁸ Für den angelsächsischen Rechtskreis etwa Joseph Story, Commentaries on the Law of Partnership⁵ (1859) S. IX: „The Roman Law is an inexhaustible treasure of various and valuable learning; and the principles applicable to the Law of Partnership are stated with uncommon clearness. [...] A slight glance at them will at once show the true origin and basis of many of the general doctrines, incorporated into the modern jurisprudence of Continental Europe, as well as into that of the Common Law.“

⁵⁹ Zum Recht der *societas* unter Justinian etwa Antonio Guarino, Societas consensu contracta (1972) 41ff.; Kaser, SDHI 41 (1975) 278, 318ff.; instruktiv auch Jens-Peter Meincke, Das Gesellschaftsrecht in den Institutionen Justinians, in: FS Georg Maier-Reimer (2010) 443.

⁶⁰ Vgl. Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts⁶ (1887) § 405, S. 558: „Hierher gehört die Handelsgesellschaft, welche im modernen Recht mannichfach in eigentümlicher und vom römischen Recht abweichender Weise entwickelt worden ist [...]“ Rückblickend Zimmermann, Law of Obligations (Fn. 52) 468f.

⁶¹ Dazu Kaser/Knützel/Lohsse, Römisches Privatrecht (Fn. 52) § 43 Rn. 13: „Möglichkeit von Klagen *manente societate*, kein Dauerkonsens etc.“

⁶² Robert-Joseph Pothier, Traité du contrat de société (1764).

Sie bildete das geistige Fundament für die Vorschriften über die *société civile* im *Code civil* von 1804.

Hierauf aufbauend regelte der italienische Gesetzgeber im *Codice civile* von 1865 in den Art. 1679–1736 die *società civile*.⁶³ Ihr römisches Erbe spiegelte sich besonders deutlich in der Zweiteilung der Gesellschaftstypen in Gesamtgesellschaften (*società universali*)⁶⁴ und Partikulargesellschaften (*società particolari*)⁶⁵ wider. Mit Einführung des *Codice civile* von 1942 wurde die *società civile* sodann durch die heutige *società semplice* ersetzt.⁶⁶ Deren Bezeichnung ist der einfachen Gesellschaft des schweizerischen Obligationenrechts nachgebildet.⁶⁷ In der Sache ging mit der Reform ein „sostanziale rinnovamento“⁶⁸ einher: Während die *società civile* zuvörderst auf die Gesellschafter blickte, betont das neue Regime die Selbständigkeit der *società semplice* und nähert sie in verschiedener Hinsicht der *società in nome collettivo* an.⁶⁹

Auch hierzulande bildete das römische Sozietätsrecht die Grundlage für die gemeinrechtliche Gesellschaft, wie sie im 19. Jahrhundert zuletzt in den großen Pandektenlehrbüchern von Puchta,⁷⁰ Windscheid⁷¹ oder Dernburg⁷² behandelt wurde. Dernburg unterteilte die Gesellschaften noch am Ende der gemeinrechtlichen Epoche nach römischem Muster in allgemeine (*societas omnium bonorum*, allgemeine Erwerbsgesellschaft) und besondere oder partikuläre (gewerbliche und Gelegenheitsgesellschaft).⁷³ Bei der Ausarbeitung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 629–658 E I) legte die Erste

⁶³ Dazu etwa *Luigi Borsari*, Commentario del Codice civile italiano, Bd. IV, 1. Teil (1878) § 3786, S. 886 ff.; *Francesco Ferrara*, Indole giuridica della società civile, Riv.dir.comm. 1909, I, 517 ff.; *Luigi Rodino*, Società civile, in: Il Digesto italiano, Bd. XXI, Parte III, Sez. I (1925) 590 ff.

⁶⁴ Art. 1700 Cc 1865: „Si distinguono due specie di società universali: le società di tutti i beni presenti e le società universali dei guadagni universali.“

⁶⁵ Art. 1705 Cc 1865: „La società particolare è quella, la quale non ha per oggetto se non certe determinate cose, o il loro uso, ovvero i frutti che se ne possono ritrarre.“

⁶⁶ Zusammenstellung der Gesetzesmaterialien in: Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile, hrsg. von Consiglio Nazionale Forense (2010) 205 ff., §§ 902 ff.; eingehend auch *Bolaffi*, Società semplice (Fn. 44) 85 ff.

⁶⁷ Eingehend dazu *Cagnasso*, La società semplice (Fn. 29) 19: „[...] la disciplina della società semplice, contenuta nel codice delle obbligazioni svizzero, ha rappresentato un antecedente ed un modello per il codice civile italiano. Tuttavia le differenze soprattutto sotto il profilo strutturale, tra la società semplice italiana e quella svizzera risultano profonde e sensibili.“

⁶⁸ *Bolaffi*, Società semplice (Fn. 44) 7.

⁶⁹ In diesem Sinne *Bolaffi*, Società semplice (Fn. 44) 7; gleichsinnig *Cagnasso*, La società semplice (Fn. 29) 26: „Tale evoluzione naturalmente era diretta a ridurre la netta differenziazione – propria del sistema abrogato – tra la disciplina delle società civili e quella delle società commerciali.“

⁷⁰ *Georg Friedrich Puchta*, Lehrbuch der Pandekten¹² (1877) § 370, S. 547 ff.

⁷¹ *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts (Fn. 60) 556 ff.

⁷² *Heinrich Dernburg*, Pandekten, Bd. II (1886) § 124, S. 322 ff.

⁷³ Vgl. *Dernburg*, Pandekten (vorige Fn.) § 124, S. 323.

Kommission nach eigenem Bekunden die „gemeinrechtliche Auffassung vom Begriffe und Wesen der Sozietät“⁷⁴ zugrunde, ging also unverändert von der rein schuldrechtlichen Verpflichtung der Gesellschafter aus: „Im Verkehre mit Dritten kommt dem Gesellschaftsverhältnisse an sich keine Bedeutung zu.“⁷⁵ Erst als Reaktion auf die Fundamentalkritik von Gierke⁷⁶ und die detaillierte Stellungnahme des Stettiner Rechtsanwalts Boyens⁷⁷ führte die Zweite Kommission das Gesamthandsprinzip ein, ohne den Begriff allerdings in das BGB aufzunehmen.⁷⁸ Diese Umwidmung des legislativen Leitbildes der GbR in Anlehnung an deutschrechtliche Vorläufer, die eine zeitgenössische Literaturstimme als „triumph great almost beyond expectation“⁷⁹ feierte, sollte der Gesellschaftsrechtsdoktrin des 20. Jahrhunderts viele Rätsel aufgeben. Beendet wurde die ein Jahrhundert währende Diskussion erst durch einen Richterspruch des BGH aus dem Jahre 2001.⁸⁰

2. Offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft

Den Ursprung der modernen Personenhandelsgesellschaften pflegt man auf das Gewohnheits- und Statutarrecht in den mittelalterlichen Städten Italiens zurückzuführen.⁸¹ Dessen neuere⁸² wissenschaftliche Erforschung be-

⁷⁴ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse (1899) 330.

⁷⁵ Mugdan, Materialien (vorige Fn.) 330.

⁷⁶ Vgl. *Otto von Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht² (1889) 49, 59, 89 ff. und öfter.

⁷⁷ Vgl. *Friedrich Boyens*, Gesellschaft unter Vergleichung mit anderen Rechtsgemeinschaften, in: Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II (1889/90) 1015 ff.

⁷⁸ Eingehende Aufarbeitung bei *Limbach*, Gesamthand (Fn. 51) Rn. 437 ff.; *Susanne Lepsius*, §§ 705–740: Gesellschaft, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III/2, hrsg. von Mathias Schmöckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (2013) Rn. 149 ff.; *Thomas Wächter*, Die Aufnahme der Gesamthandsgemeinschaften in das Bürgerliche Gesetzbuch (2002) 243 ff.

⁷⁹ *Rudolf Hübner*, A History of Germanic Private Law (1918) 159.

⁸⁰ Vgl. BGH 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 – ARGE Weißes Roß.

⁸¹ Vgl. *Mehr*, Societas (Fn. 51) 28: „Unternehmensrecht war seit dem ausgehenden Mittelalter in erster Linie Gewohnheits- und Statutarrecht. Es ist im ständigen Handelsbrauch vor allem in den Wirtschaftszentren Italiens entstanden, noch bevor rezipiertes römisches Recht Einfluss üben konnte.“ *Anja Amend-Traut*, Handelsgesellschaften, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte², Bd. II (2012) Sp. 703, 704: „[...] zählt der Gedanke, wonach die schon im HochMA entwickelten nordital. Gesellschaftstypen Vorbildcharakter für den gesamten europ. Raum gehabt hätten, immer noch zum festen Inhalt der europ. Wirtschaftsgeschichte.“ Für eine hervorragende Zusammenfassung auch *Maurizio Sciuto*, Società di persone e società di capitali, Riv.soc. 2009, II, 1352.

⁸² Für ein erstes systematisches Frühwerk bereits *Benvenuto Stracca*, Tractatus de mercatura seu mercatore (1553); dann etwa *Sigismundus Scaccia*, Tractatus de commerciis et cambio (1618).

gann hierzulande, nachdem die letzten Versuche, die Geschichte der oHG römischrechtlich zu deuten,⁸³ gescheitert waren. Im Jahre 1879 wartete der Hallenser Rechtshistoriker Gustav Lastig mit einer reichen Auswahl mittelalterlichen Quellenmaterials auf,⁸⁴ gefolgt von der 1889 erschienenen Doktorarbeit Max Webers zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter⁸⁵ und der zwei Jahre später erschienenen Universalgeschichte des Handelsrechts seines akademischen Lehrers Levin Goldschmidt,⁸⁶ die neben den Quellen des Gewohnheits- und Statutarrechts auch die Jurisprudenz des *ius commune* verarbeitet.

Durch diese Pionierarbeiten und jüngere Veröffentlichungen⁸⁷ wissen wir, dass die Vorläuferin der heutigen KG, die *commenda* oder *accomenda*, die früheste Form der personenrechtlichen Handelsgesellschaften darstellte.⁸⁸ Ihre Ursprünge lagen zunächst im Seehandel (*societas maris*⁸⁹) mit der Vorstufe des Seedarlehens, später kamen Binnenhandel und Bankwesen hinzu. Kennzeichnend war bereits früh die Rollenverteilung zwischen dem in der Heimat bleibenden Kapitalgeber (*commendator* oder *socius stans*) und dem reisenden Unternehmer (*tractator*, *commendatarius* oder *socius procertans*), der die Geschäfte führte. Mit der steigenden wirtschaftlichen Bedeutung der *commenda* entstand die Notwendigkeit, das Gesellschaftsvermögen von dem Privatvermögen der Gesellschafter zu sondern. Erste Ansätze enthielt womöglich schon die *societas maris* des *Constitutum Usus* von Pisa aus dem Jahre 1160; es folgten 1292 die Statuten von Siena und 1301 die von Florenz.⁹⁰ Weiter entwickelt wurde die Absonderung des Gesellschaftsvermögens als eigene Haftungsmasse im genuesischen Gesellschaftsrecht von 1588/89,⁹¹ auf dessen Autorität sich noch im 19. Jahrhundert namhafte französische Autoren stützen sollten.⁹²

Die Vorläuferin der heutigen oHG, die *compagnia*, findet ihre Wurzeln in der Erbgemeinschaft unter Brüdern, die den väterlichen Haushalt nach

⁸³ So noch *Carl Friedrich Hermann Roesler*, Die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischem Recht, ZHR 4 (1861) 252; *Wilhelm Endemann*, Studien in der romanistisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre gegen Ende des 17. Jahrhunderts, Bd. I (1874).

⁸⁴ *Gustav Lastig*, Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts, ZHR 24 (1879) 387.

⁸⁵ *Max Weber*, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter (1889, Nachdruck 1970).

⁸⁶ *Levin Goldschmidt*, Universalgeschichte des Handelsrechts (1891).

⁸⁷ Vgl. etwa *Albrecht Cordes*, Spätmittelalterlicher Gesellschaftshandel im Hanseraum (1998) 21 ff.

⁸⁸ Zusammenfassend *Albrecht Cordes*, Kommanditgesellschaft, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte², Bd. II (2012) Sp. 1966.

⁸⁹ Näher etwa *Mehr*, Societas (Fn. 51) 83 f.

⁹⁰ Vgl. *Limbach*, Gesamthand (Fn. 51) Rn. 42.

⁹¹ Näher dazu *Limbach*, Gesamthand (Fn. 51) Rn. 48; Fundstelle mit Übersetzung bei *Mehr*, Societas (Fn. 51) Quellenanhang, S. 341.

⁹² *A. Frémery*, Etudes de droit commercial (1833) 31 m. w. N.

dessen Tode fortsetzten. Bereits im 7. Jahrhundert in der *Lex Langobardorum* angesprochen,⁹³ wurden diese Familien-, Haushalts- und Erbgemeinschaften in den spätmittelalterlichen Handelsstädten Norditaliens näher geregelt.⁹⁴ Allmählich trat an die Stelle der Familienbande der Abschluss eines veröffentlichungspflichtigen Societätsvertrages.⁹⁵ Statuten- und Gewohnheitsrecht stellten das typusprägende Element dieser frühen Handelsgesellschaften – die unbeschränkte solidarische Haftung der Gesellschafter – dann auf eine festere Grundlage.⁹⁶ Als besonders einflussreich erwies sich die Spruchpraxis der *Rota Genuae*, eines frühen Spezialgerichts für handels- und gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, das die Solidarhaftung auf die griffige Formel *socii nomen insimul expedentes* brachte.⁹⁷ Als Zwischenbefund lässt sich festhalten, dass die Grundstrukturen von oHG und KG bereits im mediterranen Mittelalter vorgeformt waren, sodass die späteren Gesetzgeber bei deren Kodifizierung vor keinen größeren Problemen stehen sollten.⁹⁸

Die weitere Verfeinerung der Personenhandelsgesellschaften erfolgte unter französischer Führung. Einen wichtigen Meilenstein bildete die *Ordonnance Générale du commerce* von 1673, der sogenannte *Code Savary*, der nach der Haftungsstruktur zwischen der *société générale* und der *société en commandite* unterschied. Wenig später bürgerte sich die Bezeichnung *société en nom collective* für die oHG ein, die Pothier später übernahm. Es folgte der epochale *Code de commerce* von 1807, der zwischen der *société en nom collective*, der *société en commandite* und der *société anonyme* unterschied und mit diesem Grundschemata die europäischen Handelsgesetzbücher des 19. Jahrhunderts prägte.

In Italien übernahm der Gesetzgeber nach der nationalen Einigung von 1861 mit dem *Codice di commercio* von 1865 das sardische Handelsgesetzbuch von 1842, bei dem es sich fast ausschließlich um eine Übersetzung des *Code de commerce* von 1807 handelte.⁹⁹ OHG und KG waren dort nur spärlich ge-

⁹³ Allgemein dazu *Gerhard Dilcher*, Langobardisches Recht, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte², Bd. III (2012) Sp. 624.

⁹⁴ Eingehend *Mehr*, Societas (Fn. 51) 55 ff. m. w. N.

⁹⁵ Dazu *Mehr*, Societas (Fn. 51) 63 ff.

⁹⁶ Näher dazu *Mehr*, Societas (Fn. 51) 95 ff. m. w. N.

⁹⁷ Dazu *Mehr*, Societas (Fn. 51) 153 f.; für eine Entscheidungssammlung *Marcus Antonius Bellonus*, *Decisiones rotae genuae de mercatura* (1592, Nachdruck 1997).

⁹⁸ So rückblickend das Fazit von *Giuseppe Ferri*, La disciplina delle società nel codice di commercio del 1882, in: *Cento anni dal codice di commercio* (1984) 92, 94: „La società in nome collettivo e in accomandita non posero al legislatore particolari problemi: esse avevano avuto il collaudo di una lunga tradizione essenzialmente mediterranea e continuarono ad essere rette dai principi tradizionali.“

⁹⁹ Vgl. *Padoa Schioppa*, Handelsrecht Italien, in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. III/3, hrsg. von Helmut Coing (1986) 3209, 3231 ff.; aus dem zeitgenössischen deutschen Schrifttum *Franz Mittermaier*, Die neueste Handelsgesetzgebung in Italien, besonders das Handelsgesetzbuch vom 25. Juni 1865, ZHR 11

regelt.¹⁰⁰ Sein geistiger Vater Pasquale Stanislao Mancini wusste um diese Unzulänglichkeiten,¹⁰¹ doch fehlte ihm die Zeit für eine umfassende Auswertung des moderneren Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches von 1861 (ADHGB). Aus anderem Holz geschnitzt war der *Codice di commercio* von 1882, der in seinen gesellschaftsrechtlichen Partien vor allem aus dem französischen Gesellschaftsgesetz vom 24. Juli 1867 schöpfte und den Handelsgesellschaften nunmehr 175 Artikel widmete.¹⁰² Der Präsident des französischen Kassationshofs Massé lobte das neue Gesetzeswerk als „assurance supérieure à celui des autres nations de l’Europe“,¹⁰³ und der deutsche Rechtsprofessor Mittermaier attestierte ihm, dass es „den Anforderungen der Wissenschaft und des Handels entspricht“,¹⁰⁴

In Süddeutschland ähnelten die frühen Handelsgesellschaften aufgrund ihres regen Austausches über die Alpen der toskanischen *compagnia*.¹⁰⁵ Als erster bekannter Gesellschaftsvertrag einer oHG gilt jener der Gebrüder Fugger aus Augsburg von 1494.¹⁰⁶ Im norddeutschen Hanseraum boten germanische Gemeinschaftsformen bereits um 1250 herum Ansatzpunkte für kaufmännische Kooperationen, die sich im Laufe des 15. Jahrhunderts für die modernen Ideen des italienischen Handels- und Gesellschaftsrechts öffneten.¹⁰⁷ Gesetzgeberische Impulse gingen im Weiteren vom Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 aus, das die Handelsgesellschaften erfasste, ohne jedoch einzelne Gesellschaftsformen zu unterscheiden.¹⁰⁸ Mit dem *Code de commerce*, der in den linksrheinischen Gebieten und in Baden galt, hielt dann hierzulande in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts bei den Personengesellschaften französisches Rechtsdenken Einzug. Anderwärts galten Partikularrechte und subsidiär das gemeine Recht. Erst

(1868) 314, 317 ff.; eingehend zu den verschiedenen sog. *codici preunitari* zuletzt Paolo Spada, *Codice civile e diritto commerciale*, Riv.dir.civ. 2013, 331.

¹⁰⁰ Für Kommentierungen der Art. 106–125 Luigi Borsari, *Codice di commercio del regno d’Italia*, Bd. I (1868) 346 ff.; Giuseppe Carnazza Puglisi, *Il diritto commerciale secondo il Codice di commercio del regno d’Italia*, Bd. II (1868) 210 ff.

¹⁰¹ Vgl. Pasquale Stanislao Mancini, *Discorsi Parlamentari*, Bd. II (1893–1897) Rede vom 15.2.1865, S. 144 ff.

¹⁰² Näher dazu Ulisse Manara, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Bd. I (1902) 419 ff.; Cesare Vivante, *Le società commerciali*⁵ (1922) 91 ff.; Lorenzo Mossa, *Diritto commerciale*, Bd. I (1937) 117 ff.

¹⁰³ Zitiert in *Lavori preparatorii del Codice di commercio del Regno d’Italia approvato colla legge de 2.4.1982*, Bd. II/1 (1883) 382.

¹⁰⁴ Franz Mittermaier, *Das italienische Handelsgesetzbuch vom Jahre 1882*, ZHR 29 (1884) 132, 138.

¹⁰⁵ Näher HRG/*Amend-Traut* (Fn. 81) Sp. 703, 708 f.

¹⁰⁶ Abgedruckt bei Max Jansen, Jakob Fugger, der Reiche (1910) 263.

¹⁰⁷ Eingehend Cordes, *Spätmittelalterlicher Gesellschaftshandel* (Fn. 87) 315 ff. (Rückblick und Ausblick); knapper HRG/*Amend-Traut* (Fn. 81) Sp. 703, 706 f.

¹⁰⁸ Vgl. Zweyter Theil, Sechster Titel: „Von Gesellschaften überhaupt, und von Corporationen und Gemeinen insonderheit“.

mit dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von 1861 gelang es, diese Rechtszersplitterung zu überwinden.¹⁰⁹ Seine Qualitäten wurden viel gerühmt; Levin Goldschmidt (1828–1897), der Begründer der modernen Handelsrechtswissenschaft in Deutschland,¹¹⁰ nannte dieses nun „das gründlichste und beste unter den vorhandenen Europäischen Handelsgesetzbüchern“.¹¹¹

Trotz des starken französischen Einflusses blieb das Wissen um die italienischen Ursprünge der Personenhandelsgesellschaften hierzulande präsent. Auf sie verwies man etwa während der Nürnberger Beratungen zum ADHGB, als es um die Abschottung des Gesellschaftsvermögens gegen die Privatgläubiger eines Gesellschafters ging. Den Einwand, die Festschreibung eines solchen Grundsatzes¹¹² fuße auf französischen Rechtsvorstellungen und sei dem deutschen Recht fremd, parierte der preußische Delegierte mit der Bemerkung, dass „die hier vertheidigte Auffassung in der Gestaltung der Handelsgesellschaften des neueren Europas zunächst in Italien ihren Ursprung habe, dort in den für das Handelsrecht bedeutenden Schriften und Rechtssprüchen der Gerichte Aufnahme gefunden, von dort ebenso gut nach Deutschland wie nach Frankreich herübergekommen sei“.¹¹³ Auf ebendiese Stelle in den Materialien berief sich später das Reichsoberhandelsgericht (ROHG) in einem Urteil von 1878 mit dem Hinweis, dass der Grundsatz des Gesellschaftsvermögens als separate Haftungsmasse, „aus der Gestaltung der Handelsgesellschaften in Italien herrührend“,¹¹⁴ in Doktrin und Praxis auch in Deutschland rezipiert worden sei.

¹⁰⁹ Näher *Mathias Schmoekkel/Matthias Maetschke*, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*² (2016) Rn. 143 ff.

¹¹⁰ Zu ihm etwa *Karsten Schmidt*, Levin Goldschmidt – Der Begründer der modernen Handelsrechtswissenschaft, in: *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, hrsg. von Helmut Heinrichs (1993) 215.

¹¹¹ *Levin Goldschmidt*, Der Abschluß und die Einführung des allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, ZHR 5 (1862) 204, 225.

¹¹² Vgl. in der Endfassung Art. 119 ADHGB: „Die Privatgläubiger eines Gesellschafters sind nicht befugt, die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen oder Rechte oder einen Antheil an denselben zum Beruf ihrer Befriedigung oder Sicherstellung in Anspruch zu nehmen. Gegenstand der Exekution, des Arrestes oder der Beschlagnahme kann für sie nur dasjenige sein, was der Gesellschafter selbst an Zinsen und an Gewinnantheilen zu fordern berechtigt ist, und was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt.“

¹¹³ *Johann Lutz*, *Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches*, Dritter Theil (1858) 1137 f.

¹¹⁴ ROHG 25.6.1878 – Rep. 572, 98, ROHGE 24, 156, 161.

IV. Heutige Strukturmerkmale der Personengesellschaften in Italien und Deutschland

Der heutige Entwicklungsstand des italienischen und deutschen Personengesellschaftsrechts lässt sich auf gedrängtem Raum nicht vollständig darstellen und schon gar nicht angemessen würdigen. Erforderlich ist daher eine Stoffauswahl. Herausgegriffen werden hier markante Strukturmerkmale der Personengesellschaften, vor allem solche, bei denen beide Rechtsordnungen teilweise unterschiedliche Wege eingeschlagen haben.

1. Rechtsnatur und Grad der rechtlichen Verselbständigung

a) Italien

Die Streitfragen rund um die Rechtsnatur der Personengesellschaften sind fast so alt wie das Personengesellschaftsrecht selbst. In Italien haben sie zu allen Zeiten große Aufmerksamkeit gefunden. Der *Codice di commercio* von 1865 und seine Folgekodifikation von 1882 gaben hierauf eine ausdrückliche Antwort, indem sie alle Handelsgesellschaften als kollektive Körperschaften einordneten, die – gegenüber Dritten – von der Person der Gesellschafter streng zu trennen seien: „Le società anzidette costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei socii.“¹¹⁵ Im Schrifttum folgte man aus dieser Formulierung ganz überwiegend, dass auch die Personenhandelsgesellschaften juristische Personen seien (*personalità giuridica*).¹¹⁶ Allfällige Unterschiede zwischen der *società in nome collettivo* und der *società anonima* stünden dem nicht entgegen. Sie seien, wie der italienische Jahrhundertjurist Cesare Vivante (1855–1944) schon 1922 bemerkte, nur gradueller und nicht substanzieller Natur.¹¹⁷ Dies galt allerdings nicht für die im *Codice civile* von 1865 geregelte *società civile*, die nach dem Grundmuster der römischen *societas* eine reine Innengesellschaft bildete.

Im *Codice civile* von 1942 wurde die zitierte Vorschrift zur Rechtsnatur der Handelsgesellschaften gestrichen. Stattdessen bemühte sich der Reformge-

¹¹⁵ Art. 77 Abs. 3 Codice di commercio 1882; gleichsinnig zuvor Art. 107 Codice di commercio 1865.

¹¹⁶ Vgl. etwa *Gustavo Bonelli*, I concetti di comunione e di personalità giuridica nella teoria delle società di commercio, Riv.dir.comm. 1903, I, 285 ff.; *Francesco Ferrara*, Riv.dir.comm. 1910, I, 13 ff., 94 ff.; *Vivante*, Le società commerciali (Fn. 102) 1 ff.; aus der Rechtsprechung etwa Cass. Rom. 26.3.1896, Foro it. 1896, 1077; Cass. Rom. 13.3.1899, Foro it. 1899, 1328; abweichend aber *Ulisse Manara*, Delle società e delle associazioni commerciali, Bd. II/1 (1902) 1 ff.

¹¹⁷ Vgl. *Vivante*, Le società commerciali (Fn. 102) Rn. 357: „La differenza della personalità nelle diverse specie di società è una differenza di grado, non di sostanza, perché tutte hanno la medesima impronta legale di enti collettivi distinti dalle persone dei soci e agiscono nell’ordinamento giuridico come subbietti di diritto.“

setzgeber um eine salomonische Lösung:¹¹⁸ Allein die Kapitalgesellschaften, so liest man in den Gesetzesmaterialien, seien juristische Personen, nicht dagegen die einfache Gesellschaft, die oHG und KG; diese seien jedoch in vermögensmäßiger Hinsicht selbstständig.¹¹⁹ Im Gesetzestext selbst spiegelt sich diese Zweiteilung etwa in Art. 2331 Abs. 1 Cc wider, wonach die AG mit Eintragung in das Unternehmensregister Rechtspersönlichkeit erlangt. Die Vorschrift gilt entsprechend für KGaA, GmbH und Genossenschaft,¹²⁰ nicht hingegen für die Personengesellschaften. Im Gegenschluss folgt hieraus, dass der Gesetzgeber von 1942 den Personengesellschaften gerade keine Rechtspersönlichkeit zuschreiben wollte. Dies zeigte sich auch in dem – inzwischen aufgehobenen – Art. 2498 Abs. 3 Cc, wonach eine oHG oder KG bei einer Umwandlung in eine AG, KGaA oder GmbH mit Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in das Unternehmensregister Rechtspersönlichkeit erlangt.

Die Stellungnahme des Reformgesetzgebers vermochte den Grundsatzstreit um die Rechtsnatur der Personengesellschaften allerdings nicht zu befrieden. Im Gegenteil: Er flammte nach 1942 mit besonderer Heftigkeit wieder auf und ist bis heute nicht endgültig beigelegt. Vergrößert kann man drei Ansichten unterscheiden:¹²¹ (i) Einer ersten Lehrmeinung zufolge verfügt die Personengesellschaft über keinerlei Rechtssubjektivität.¹²² Sie ist – mit einem Wort des bedeutenden Römer Rechtsgelehrten Giuseppe Ferri – lediglich ein zusammenfassender Ausdruck der Kollektivität ihrer Gesellschafter.¹²³ Nach dieser Lehrmeinung ist die Personengesellschaft selbst nicht Trägerin von Rechten und Pflichten; vielmehr gehört das zweckgebundene Vermögen den Gesellschaftern in einer Art modifizierten Miteigentums.¹²⁴ (ii) Die diametral entgegengesetzte Auffassung erkennt allen Personengesellschaften einschließlich der *società semplice* Rechtspersönlich-

¹¹⁸ So ausdrücklich *Campobasso*, *Diritto delle società* (Fn. 13) 42: „Il legislatore del 1942 ha pensato di risolvere in modo salomonico la disputa [...]“.

¹¹⁹ Vgl. Relazione del Ministro Guardasigilli Grande al Codice Civile 1942, Nr. 927: „Per la società semplice, come per la società in nome collettivo e in accomandita, l'autonomia patrimoniale è – in diverso grado – limitata e non è riconosciuta la personalità giuridica.“

¹²⁰ Vgl. Art. 2454, 2463 Abs. 3, 2523 Abs. 2 Cc.

¹²¹ Eingehend zu Folgendem etwa *Campobasso*, *Diritto delle società* (Fn. 13) 44 ff.; *Antonio Rossi*, in: *Commentario breve al diritto delle società*³, hrsg. von Alberto Maffei Alberti (2015) Art. 2247, Anm. V R n. 2.

¹²² Vgl. *Antonio Brunetti*, *Trattato del diritto delle società*², Bd. I (1948) 157 ff.; *Giuseppe Ferri*, *Delle società*, in: *Commentario del codice civile*³, hrsg. von Antonio Scialoja/Giuseppe Branca (1981) 5 ff.; *ders.*, *Le società*, in: *Trattato di diritto civile*³, Bd. X/3, hrsg. von Francesco Vassalli (1987) 77 ff.; *Mario Ghidini*, *Società personali* (1972) 224 ff.; *Paolo Greco*, *Le società nel sistema legislativo italiano* (1959) 200 ff.

¹²³ *Ferri*, *Delle società* (vorige Fn.) 6: „Nella società organizzata su base personale, la società è espressione sintetica della collettività di soci.“

¹²⁴ Vgl. bereits *Umberto Navarrini*, *Delle Società e delle Associazioni Commerciali*, in: *Commentario al codice di commercio*, Bd. II [1928] 134: „comunioni modificate“; ferner

keit zu.¹²⁵ Hieran könnten die anderslautenden Hinweise in den Gesetzesmaterialien nichts ändern, weil sie für den Rechtsanwender nicht bindend seien. Eine Musterung des vorhandenen Normenmaterials zeige vielmehr, dass das Gesetz die Personengesellschaft sehr wohl mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet habe. Dies belege für die *società semplice* etwa Art. 2266 Abs. 1 Cc: „Die Gesellschaft erwirbt Rechte und übernimmt Verbindlichkeiten durch die zu ihrer Vertretung befugten Gesellschafter und tritt durch diese vor Gericht auf.“ (iii) Vorherrschend ist heute eine vermittelnde dritte Meinung, die den Personengesellschaften einerseits die volle Rechtspersönlichkeit vorenthält, ihnen andererseits aber eigene Rechtssubjektivität zubilligt.¹²⁶ Als *soggetti collettivi non personificati* bilden sie eine dritte Kategorie zwischen juristischer und natürlicher Person.¹²⁷ In Übereinstimmung mit Art. 2266 Abs. 1 Cc sind sie danach Zurechnungsendpunkte (*centri di imputazione giuridica*) von Rechten und Pflichten. Weitere Belege für die Rechtssubjektivität der Personengesellschaft erblickt diese Meinung in Art. 2271 Cc, wonach die Aufrechnung der Schuld eines Dritten gegenüber der einfachen Gesellschaft mit einer ihm gegen einen Gesellschafter zustehenden Forderung nicht zulässig ist; ferner in Art. 2659 Nr. 1 Cc über die Grundbuchfähigkeit der Personengesellschaften.

Die außerordentlich umfangreiche Rechtsprechung¹²⁸ hat sich bald auf die eine, bald auf die andere Seite geschlagen und aus den theoretischen Konzepten häufig praktische Schlussfolgerungen gezogen. So folgerte der Kassationshof in einem Urteil von 1984 aus der fehlenden Rechtspersönlichkeit der Personengesellschaften, dass bei einem Ausscheiden eines oHG-Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Gesellschaft kein Vertragspartnerwechsel in einem Mietvertrag stattfindet.¹²⁹ Umgekehrt leitete er in

Ferri, Delle società (Fn. 122) 9: „[...] intercorra tra i soci un rapporto di comunione sia pure su base collettivistica“.

¹²⁵ Vgl. *Bolaffi*, Società semplice (Fn. 44) 296 ff.; *Alessandro Graziani*, Diritto delle società⁵ (1962) 43 ff., 47; nur für die Personenhandelsgesellschaften, nicht aber für die einfache Gesellschaft *Lorenzo Mossa*, Trattato del nuovo diritto commerciale, Bd. II: Società commerciali personali (1951) 349 ff.

¹²⁶ Vgl. *Campobasso*, Diritto delle società (Fn. 13) 46: „Il legislatore del 1942, mentre con una mano negava alle società di persone il riconoscimento della personalità giuridica (art. 2498), con l'altra (art. 2266) ha concesso loro qualcosa che alla stessa è certamente molto vicina.“ Außerdem *Marco Cian*, in: Diritto commerciale, Bd. II, hrsg. von dems. (2014) 64 ff.; *Franco Di Sabato*, Società in generale, società di persone (2004) 61 ff.; *Ludovico Genghini/Paolo Simonetti*, Le società di persone (2012) 32 ff.; *Giorgio Marasà*, Le società² (2000) 116 ff.

¹²⁷ Vgl. *Campobasso*, Diritto delle società (Fn. 13) 47: „*tertium genus* fra persone fisiche e persone giuridiche“ – Hervorhebung im Original.

¹²⁸ Einzelnachweise bei *Campobasso*, Diritto delle società (Fn. 13) 47 mit Fn. 86.

¹²⁹ Vgl. Cass. 6.2.1984, n. 907, Giur.comm. 1984, II, 240: „Le società non hanno personalità giuridica e, pertanto, contitolari delle situazioni giuridiche attive e passive costituenti il patrimonio sociale sono le persone dei soci. In caso di scioglimento, per decorso del termine di sei mesi, della società di persone ridotta ad un solo socio, questo, non essendo vincolato al

einem anderen Urteil von 1984 aus der Rechtssubjektivität der oHG ab, dass sich ein persönlich haftender Gesellschafter als Dritter für sie verbürgen könne.¹³⁰ Von praktischer Bedeutung ist eine solche Bürgschaft deshalb, weil ein Vergleich zwischen Gesellschaft und Gläubigern nach Art. 184 des italienischen Konkursgesetzes (*legge fallimentare*) von 1942 auch die persönliche Haftung der Gesellschafter begrenzt, während Bürgen des Schuldners in vollem Umfang weiterhaften. Zuletzt hat der Große Senat des Kassationshofs allerdings entschieden, dass die Haftungsbeschränkung auch für Gesellschafter gilt, die persönlich für Gesellschaftsschulden gebürgt haben.^{130a} Infolgedessen haften nur Drittbürgen des Schuldners in vollem Umfang weiter.

b) Deutschland

(1) *OHG und KG*. – In Deutschland setzte mit den Vorarbeiten zum ADHGB eine breite Debatte um die Rechtsnatur der Personenhandelsgesellschaften ein. Der preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuchs von 1857 (PrHGB-E) bestimmte in Art. 87: „Jede Handelsgesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden; sie kann auf ihren Namen Grundstücke und Forderungen erwerben.“ Ausweislich der Gesetzesmaterialien sollte die Handelsgesellschaft damit zur juristischen Person nobilitiert werden.¹³¹ Kein Geringerer als Levin Goldschmidt sah sich daraufhin zu einer geharnischten Kritik veranlasst.¹³² Er wandte unter anderem ein, dass die oHG von der Individualität ihrer Gesellschafter geprägt werde, während die juristische Person ein abstraktes Wesen sei.¹³³ Diese scharfe Auseinander-

rispetto di una procedura di liquidazione inderogabile, può decidere di continuare da solo l'attività della società senza che ciò determini mutamento di titolarità delle situazioni soggettive.“

¹³⁰ Vgl. Cass. 8.1.1984, n. 5642, Giur.comm. 1985, II, 298.

^{130a} Vgl. Cass. 16.2.2015, n. 3022, Fall. 2015, 519; kritisch dazu *Marco Speranzin*, La responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali: profili sostanziali e concorsuali, Riv.dir.fall. 2017 (im Erscheinen).

¹³¹ Vgl. Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten, Nebst Motiven (1857) 47: „Der rechtlichen Natur der Handelsgesellschaft entspricht in der That die Annahme einer juristischen Persönlichkeit derselben.“ Von den Gegnern auch *Levin Goldschmidt*, Der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten, Krit.Z.ges.RWiss. 4 (1857) 156, 163: „Der Entwurf bedient sich zwar des Ausdrucks juristische Person nicht, allein es unterliegt, weder nach dem Wortlaut und dem Inhalt des §. 87, noch nach den gezogenen Konsequenzen, irgend welchem Zweifel, daß die technisch sogenannte Handelsgesellschaft als solche gelten soll.“

¹³² Vgl. *Goldschmidt*, Krit.Z.ges.RWiss. 4 (1857) 156, 186 ff.

¹³³ Vgl. *Goldschmidt*, Krit.Z.ges.RWiss. 4 (1857) 156, 191: „Was aber die Hauptsache ist, und die Möglichkeit einer Personification der Gesellschaft selber ausschließt: die *individuelle Bedeutung* der einzelnen Gesellschafter tritt gerade heute schärfer als im Römischen Recht

setzung setzte sich bei den Beratungen zum ADHGB fort, die im gleichen Jahr auf der Grundlage des preußischen Entwurfs begannen. Bei der ersten Lesung wandte sich ein Teil der Konferenzteilnehmer vehement gegen die Einordnung der oHG als juristische Person und beantragte, § 87 PrHGB-E durch Streichung des Zusatzes „als solche“ zu entschärfen.¹³⁴ Ein anderer Teil verließ seiner Überzeugung Ausdruck, dass die Bezeichnung als juristische Person dem Wesen der Handelsgesellschaft vollständig entspreche.¹³⁵ Wieder andere Teilnehmer warben dafür, die „Controverse nicht zu entscheiden“ und nur jene Rechtssätze in das Gesetz aufzunehmen, „welche für das Wesen der Handelsgesellschaften nicht entbehrt werden könnten“; im Übrigen könne und solle die Frage „der Jurisprudenz überlassen werden“.¹³⁶ In der zweiten Lesung verstärkte sich der Widerstand gegen die Anerkennung der oHG als juristische Person,¹³⁷ und man einigte sich nach langem Ringen auf die Kompromissformel des Art. 111 Abs. 1 ADHGB: „Die Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.“ Ob der historische Gesetzgeber die OHG damit als eigenes Rechtssubjekt ausgestalten wollte, wird bis heute unterschiedlich beurteilt.¹³⁸

Nach Inkrafttreten des ADHGB setzte sich die Kontroverse zwischen Befürwortern¹³⁹ und Gegnern der juristischen Person¹⁴⁰ mit unverminderter Härte fort, wobei Letztere rasch die Oberhand gewannen. Pointiert fasste Goldschmidt den Meinungsstand im Jahre 1892 dahin zusammen, dass der „Kampf gegen die ganz schablonenhafte, äußerliche Auffassung der französischen Doktrin, welche alle Handelsgesellschaften als juristische Per-

hervor; jeder Einzelne ist directer, solidarischer Schuldner; auf der Persönlichkeit der Einzelnen beruht der Credit, welchen ihre Verbindung, die Gesellschaft, genießt“ (Hervorhebung im Original).

¹³⁴ Vgl. *Lutz*, Protokolle (Fn. 113) 154.

¹³⁵ Vgl. *Lutz*, Protokolle (Fn. 113) 154.

¹³⁶ *Lutz*, Protokolle (Fn. 113) 155.

¹³⁷ Vgl. *Lutz*, Protokolle (Fn. 113) 274 ff.

¹³⁸ Bejahend *Wächter*, Gesamthandsgemeinschaften (Fn. 78) 87 ff., 299: „Nach dem Prinzip des ADHGB war die Handelsgesellschaft selbst Rechtssubjekt.“ Verneinend *Limbach*, Gesamthand (Fn. 51) Rn. 179: „Insgesamt wird man nicht daran zweifeln können, dass die Mehrheit in der Kommission der 32. Sitzung am 9. März 1857 die Absicht hatte, der OHG jegliche Rechtsfähigkeit abzusprechen.“ Offen *Johannes Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung (2000) 49: „Die Frage der Rechtsnatur und Parteifähigkeit der Gesellschaft wurde mit Art. 111 nicht entschieden [...]“; siehe auch BGH 29.1.2001, BGHZ 146, 341, 355 f.

¹³⁹ Vgl. etwa *Albert Affolter*, Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft, Arch. Bürg.R. 5 (1891) 1, 5 ff.; *August Anschütz/Otto v. Völderndorff*, Kommentar zum ADHGB (1870) Einleitung, S. 5 ff.; *Wilhelm Endemann*, Das deutsche Handelsrecht⁴ (1887) 118 ff.

¹⁴⁰ Vgl. etwa *Otto v. Hahn*, Commentar zum ADHGB³, Bd. I (1877) Vorb. zu Art. 110, S. 387 ff.; *Paul Laband*, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, ZHR 31 (1885) 1 ff.; *Heinrich Thöl*, Das Handelsrecht⁶, Bd. I (1878) 304 ff., 309 f.

sonen behandelt“, für Deutschland entschieden sei.¹⁴¹ Einzelne Nachhutgefechte blieben allerdings nicht aus. Einen besonders heftigen Schlagabtausch lieferten sich 1913 noch Josef Kohler¹⁴² und Karl Lehmann.¹⁴³ Danach ebte das akademische Interesse merklich ab. Heutige Lehrbücher referieren den Verlauf dieser Kontroverse, wenn überhaupt, nur noch als historische Reminiszenz.¹⁴⁴

Die Spruchpraxis des Bundes- und Reichsoberhandelsgerichts lehnte es nach anfänglicher Unsicherheit ab, die oHG als juristische Person anzuerkennen,¹⁴⁵ und das RG setzte diese Rechtsprechungslinie später nahtlos fort.¹⁴⁶ Weniger eindeutig fielen die Gerichtsentscheidungen zur Rechtssubjektivität der Personenhandelsgesellschaft aus. Manche Urteile sprachen der oHG jegliche Rechtssubjektivität ab¹⁴⁷ oder sahen die Gesellschafter als Träger des Gesellschaftsvermögens an.¹⁴⁸ Allmählich setzte sich aber eine subjektfreundlichere Haltung durch, die der II. Zivilsenat des RG auf die Formel brachte, dass die oHG „wenn auch keine juristische Person, doch ein Rechtssubjekt mit selbständigem Vermögen (Art. 111 H. G. B.)“¹⁴⁹ sei. Ob hierbei hineinspielte, dass dieser Senat für Zivilsachen des französischen Rechts zuständig und traditionell mehrheitlich mit rheinischen Juristen besetzt war,¹⁵⁰ wie neuerdings spekuliert wird,¹⁵¹ lässt sich wohl nicht mehr zuverlässig aufhellen.

Wie in Italien zog man die Theorien zur Rechtsnatur der Personenhandelsgesellschaft auch in Deutschland zur Lösung praktischer Einzelprobleme heran. So ging es in einem höchstrichterlichen Urteil von 1933 um die Frage, ob der persönlich haftende Gesellschafter einer KG für deren Schulden bürgen kann. Dabei machte es sich der IV. Zivilsenat des RG unnötig schwer, indem er von der – verfehlten – Prämisse ausging, dass die Haftung des Komplementärs nach § 128 HGB keine fremde, sondern eine eigene

¹⁴¹ Levin Goldschmidt, *Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft* (1892) 14.

¹⁴² Josef Kohler, *Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person*, ZHR 74 (1913) 456.

¹⁴³ Karl Lehmann, *Entgegnung zu Kohler, Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person*, ZHR 74 (1913) 462. Duplik von Joseph Kohler, *Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person*, Arch.Bürg.R. 40 (1914) 229.

¹⁴⁴ Vgl. etwa K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (Fn. 11) § 46 II 1, S. 1362f.

¹⁴⁵ Vgl. BOHG 17.2.1871 – Rep.55/71, BOHGE 2, 36, 39; ROHG 28.1.1873 – Rep.866/72, ROHGE 9, 16, 17f.; ROHG 4.2.1874 – Rep.128/74, ROHGE 12, 259, 261; ROHG 26.6.1876 – Rep.735/76, ROHGE 20, 180, 181.

¹⁴⁶ Vgl. nur RG 2.5.1932 – VIII 104/32, RGZ 136, 266, 270.

¹⁴⁷ Vgl. etwa ROHG 14.2.1871 – Rep.755/71, ROHGE 5, 204, 205.

¹⁴⁸ Vgl. RG 8.12.1880 – I 117/80, RGZ 3, 57; RG 4.10.1881 – Rep. III 549/81, RGZ 5, 51, 55; RG 24.6.1882 – I 248/82, RGZ 9, 143, 144; RG 15.12.1886 – I 348/85, RGZ 17, 365, 367.

¹⁴⁹ RG 14.5.1886 – Rep. II. 523/85, RGZ 16, 16.

¹⁵⁰ Dazu Stefan Geyer, *Den Code civile „richtiger“ auslegen – Der zweite Zivilsenat des Reichsgerichts und das französische Recht* (2009) 112ff.

¹⁵¹ So Limbach, *Gesamthand* (Fn. 51) Rn. 199.

Schuld zum Gegenstand habe.¹⁵² Die KG sei ebenso wie die oHG keine juristische Person. Daher hafteten die Gesellschafter nicht neben der Gesellschaft, sondern bloß mit verschiedenen Vermögensmassen, nämlich sowohl mit dem Gesellschaftsvermögen, das ihnen nach den Grundsätzen der gesamten Hand mitgehöre, als auch mit ihrem sonstigen Vermögen. Gleichwohl sei die Gesellschaft dem Gesellschafter gegenüber als Dritter im Sinne des § 765 BGB anzusehen.¹⁵³ Das Problem ist unverändert aktuell,¹⁵⁴ weil ein Insolvenzplan nach § 227 InsO auch die persönliche Haftung des Gesellschafters begrenzt, während die Rechte der Insolvenzgläubiger gegen Bürgen des Schuldners hiervon gemäß § 254 II Satz 1 InsO unberührt bleiben. Es lässt sich allerdings leicht lösen, wenn man erkennt, dass Gesellschafterschuld und Gesellschafterhaftung nicht identisch sind.¹⁵⁵

(2) *BGB-Gesellschaft*. – Noch größeres Rätselraten hat die Frage nach der Rechtsnatur der GbR ausgelöst. Sie ist untrennbar verbunden mit dem nicht hinreichend durchdachten Rechtsbild der sogenannten Gesamthandsgesellschaft in §§ 718 ff. BGB. Mangels ausgereifter Gesamthandslehre¹⁵⁶ entzündete sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts in Spruchpraxis und Wissenschaft ein weitläufiger Theorienstreit um die Gesamthand, der um Grundfragen der Rechtsträgerschaft und Rechtszuordnung kreiste.¹⁵⁷ Hoch verdichtet und stark vereinfacht sah die traditionelle Lehre die Gesamthand als ein gebundenes Sondervermögen der Gesamthänder an.¹⁵⁸ In der Diktion eines BGH-Urteils aus dem Jahre 1957: „Als Gesellschaft bürgerlichen Rechts besaß die Arbeitsgemeinschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit; sie hatte daher auch kein Gesellschaftsvermögen im eigentlichen Sinn, und ebenso wenig hatte sie Gesellschaftsschulden als solche.“¹⁵⁹ Den Weg zur Rechtssubjektivität der Gesamthand wiesen in der Wissenschaft die – von Gierke inspirierten¹⁶⁰ – Arbeiten von Werner Flume aus den 1970er-Jahren, die

¹⁵² So RG 19.1.1933 – IV 390/32, RGZ 139, 252, 254.

¹⁵³ Vgl. RG 19.1.1933, RGZ 139, 252, 254 unter Berufung darauf, dass § 765 BGB den Bedürfnissen des Verkehrs diene und daher entsprechend auszulegen sei. Vom Verkehr würde es nicht verstanden, wenn die Vorschrift auf einen solchen Fall nicht anwendbar wäre.

¹⁵⁴ Vgl. BGH 4.7.2002 – IX ZR 265/01, BGHZ 151, 245, 250 f.

¹⁵⁵ Dazu auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (Fn. 11) § 49 II 2, S. 1414 f.

¹⁵⁶ Eingehend dazu Limbach, Gesamthand (Fn. 51) Rn. 328 ff., 419 ff. und öfter.

¹⁵⁷ Umfassende Darstellungen bei Carsten Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB⁷ (2017) § 705 Rn. 296 ff.; Herbert Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. II: Recht der Personengesellschaften (2004) § 7 III 1, S. 640 ff.; zusammenfassend K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (Fn. 11) § 8 III 1 a, S. 196: „Man darf feststellen, daß die Theorie der Gesamthand das ausgehende 20. Jahrhundert so beschäftigt hat, wie die Theorie der juristischen Person das 19. Jahrhundert beschäftigt hat [...]“

¹⁵⁸ Vgl. aus jüngerer Zeit noch Götz Hueck, Drei Fragen zur Gesamthandsgesellschaft, in: FS Wolfgang Zöllner (1998) 275; Wolfgang Zöllner, Rechtssubjektivität von Personengesellschaften?, in: FS Joachim Gernhuber (1993) 563; beide m. w. N.

¹⁵⁹ BGH 14.2.1957 – VII ZR 250/56, BGHZ 23, 307, 313.

¹⁶⁰ Vgl. Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I (1895) 671 ff.

nicht nur die oHG und KG, sondern auch die gesamthänderisch strukturierte GbR als „Gruppe“ und damit als Rechtssubjekt verstanden, das hinsichtlich seiner Rechtsfähigkeit den Regeln des § 124 HGB unterliegt.¹⁶¹ Sie lösen

einen „30jährigen Glaubenskrieg“¹⁶² um die gesellschaftsrechtliche Gesamthand und ihre Verselbständigung aus. Der BGH hatte eine eigene Festlegung in diesem Schlachtengetümmel lange vermieden, bevor er sich im Jahre 2001 – wiederum in einem die Arbeitsgemeinschaft betreffenden Urteil – zur modernen Gesamthandslehre bekannte: „Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts besitzt Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. In diesem Rahmen ist sie zugleich im Zivilprozeß aktiv und passiv parteifähig.“¹⁶³ Dieses rechtsfortbildende Grundsatzurteil wurde im Schrifttum als „Meilenstein“,¹⁶⁴ „Markstein“¹⁶⁵ oder „Schlussstein“¹⁶⁶ gefeiert. Es darf in keiner Sammlung großer Gesellschaftsrechtsgeschichten fehlen¹⁶⁷ und gilt heute nahezu unangefochten als dogmatischer Fixpunkt.¹⁶⁸

c) Würdigung

Was zunächst die oHG angeht, schreiben ihr die jeweiligen Basisnormen übereinstimmend die Fähigkeit selbständiger Rechtsträgerschaft zu: Die *società in nome collettivo* handelt unter ihrer Firma (Art. 2292 Abs. 1 Cc), sie erwirbt Rechte und übernimmt Verbindlichkeiten durch die zu ihrer Vertretung befugten Gesellschafter und tritt durch diese vor Gericht auf

¹⁶¹ Vgl. Werner Flume, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972) 177, 187 ff.; ders., Allgemeiner Teil des BGB, Bd. II/1: Die Personengesellschaft (1977) § 4 I und II, S. 50 ff. und 54 ff.

¹⁶² Karsten Schmidt, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993, 994.

¹⁶³ BGH 29.1.2001, BGHZ 146, 341 Leitsätze a und b.

¹⁶⁴ K. Schmidt, NJW 2001, 993, 995.

¹⁶⁵ Peter Ulmer, Die höchstrichterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2001, 985.

¹⁶⁶ Walther Hadding, Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, ZGR 2001, 712.

¹⁶⁷ Näher Frauke Wedemann, BGHZ 146, 341 – ARGE Weißes Roß – Rechtsfähigkeit der Außen-GbR, in: Bahnbrechende Entscheidungen – Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts-Geschichten, hrsg. von Susanne Kalss/Holger Fleischer/Hans-Ueli Vogt (2016) 29.

¹⁶⁸ Vgl. MüKo/Schäfer (Fn. 157) § 705 BGB Rn. 302: „Als Ergebnis der sich über ein Jahrhundert hinziehenden Diskussion zur Rechtsnatur der GbR-Gesamthand ist nach allem festzuhalten, dass aus heutiger Sicht an der grundsätzlichen Rechts- und Parteifähigkeit der Außen-GbR nicht länger gezweifelt werden kann. Die Gruppen-Lehre hat sich voll durchgesetzt; die traditionelle Lehre ist trotz ihres ‚gesetzstreuem‘ Ansatzes überwunden.“ Fundamentalkritik weiterhin bei Volker Beuthien, Was hat die „rechtsfähige Personengesellschaft“ Neues gebracht?, Zur Entzauberung der Gruppenlehre, NZG 2011, 481.

(Art. 2293 i. V. m. Art. 2266 Abs. 1 Cc); die oHG kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden (§ 124 I HGB). Über Rechtsnatur und Wesen der oHG verlieren der italienische und der deutsche Gesetzgeber kein weiteres Wort. Diese legislatorische Zurückhaltung überzeugt. Wie man bereits bei den Vorarbeiten zum ADHGB zutreffend erkannt hat, genügt ein Gesetzgeber seiner Regelungsverantwortung vollauf, wenn er die praktisch wichtige Frage der Rechtsfähigkeit klärt.¹⁶⁹ Ansonsten darf er es Wissenschaft und Spruchpraxis überlassen, eine „juristisch consequente Theorie zu bilden“.¹⁷⁰

Dass diese Theoriebildung während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die klügsten Köpfe in Deutschland und Italien in ihren Bann zog, kann nicht überraschen, zielt juristische Grundlagenforschung doch zuallererst auf die Grundbegriffe einer Disziplin.¹⁷¹ Die unterschiedlichen Einordnungen der oHG diesseits und jenseits der Alpen waren wohl ein Ergebnis juristischer Pfadabhängigkeit: Wie dargelegt, folgte das italienische Handelsrecht im 19. Jahrhundert vor allem französischen Vorbildern. Obwohl der *Code de commerce* insoweit schwieg, ordneten Spruchpraxis und Wissenschaft in Frankreich die *société en nom collectif* und die *société en commandite simple* schon früh als *personnes morales* ein.¹⁷² Zur Begründung berief sich ein führendes Lehrbuch auf handelsrechtliche Gewohnheiten und zitierte als frühesten Beleg die Spruchpraxis der *Rota Genuae*: „Une société [de commerce] fut considérée comme un être collectif, un être de raison, ayant une volonté, un domicile, des biens, contractant des dettes et des créances.“¹⁷³ Hierzulande war die französische Doktrin aus verschiedenen Gründen weniger gelitten. So warf Goldschmidt den deutschen Befürwortern der juristischen Person¹⁷⁴ eine „sklavische Nachbeterei französischer Theorien“¹⁷⁵ vor und hielt ihnen weiter entgegen, sie suchten den Mangel wirklicher Begründung durch die Kühnheit ihrer Behauptungen zu verdecken. Das Stadtrecht von Genua und die französische Jurisprudenz seien nicht geeignet, ein europäisches, ge-

¹⁶⁹ Vgl. den Haupttext bei Fn. 136.

¹⁷⁰ *Roesler*, ZHR 4 (1861) 252, 254.

¹⁷¹ Allgemein dazu *Robert Alexy*, in: *Juristische Grundlagenforschung*, ARSP, Beiheft 104, hrsg. von dems. (2005) Vorwort, S. 7; vertiefend am Beispiel der gesellschaftsrechtlichen Basisbegriffe juristische Person, Mitgliedschaft und Organshaft *Holger Fleischer*, *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin*, in: *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, hrsg. von Christoph Engel/Wolfgang Schön (2007) 50, 56 ff.

¹⁷² Vgl. Cass. 2.6.1834, Sirey 1834.1.608; Cass. 8.11.1836, Sirey 1836.1.815 f.

¹⁷³ *Frémery*, *Etudes de droit commercial* (Fn. 92) 31 m. w. N.

¹⁷⁴ Einflussreich vor allem *W. Gelpcke*, *Die Handels-Gesellschaft als juristische (moralische) Person*, ZpreußHR 2 (1852) 3.

¹⁷⁵ *Goldschmidt*, *Krit.Z.ges.RWiss.* 4 (1857) 156, 186.

schweige denn ein deutsches Gewohnheitsrecht darzutun, das den Handelsgesellschaften eine besondere Rechtspersönlichkeit beilege.¹⁷⁶

Heute haben sich die Grundpositionen weitgehend angenähert. Die italienische Doktrin erkennt in der *società in nome collettivo* überwiegend ein *tertium genus* zwischen juristischer und natürlicher Person, das zwar über Rechtssubjektivität (*soggettività giuridica*) verfügt, aber keine Rechtspersönlichkeit (*personalità giuridica*) besitzt.¹⁷⁷ Hierzulande fasst man den Entwicklungsstand dahingehend zusammen, dass die oHG keine juristische Person, sondern eine Gesamthand ist, die aber Rechtssubjektivität besitzt.¹⁷⁸ Dieser Befund führt unweigerlich zu der Folgefrage, worin sich juristische Person und oHG noch unterscheiden.¹⁷⁹ Sie wird in Deutschland gerne unter Rückgriff auf die Figur der Gesamthand beantwortet.¹⁸⁰ Indes lehrt ein Seitenblick auf das italienische Personengesellschaftsrecht, welches keine Gesamthand kennt, aber gleichwohl mit ähnlichen Einordnungsproblemen kämpft, dass der Problemkern wohl ein anderer ist. Führende italienische Autoren erblicken ihn darin, dass nur die juristische Person über eine vollständige vermögensmäßige Verselbständigung (*piena e perfetta autonomia patrimoniale*) verfügt,¹⁸¹ räumen aber ein, dass die Unterschiede zwischen ihr und der Personengesellschaft zusehends zusammenschrumpfen.¹⁸² Hierzulande hat Flume nach einem sachkundigen Referat über die Rechtslage in Italien¹⁸³ ausgeführt, dass die Gesamthandsgesellschaft der juristischen Person zwar hinsichtlich der Rechtszuständigkeit grundsätzlich gleichstehe. Der verbleibende Unterschied liege aber darin, dass „die Gesamthandsgesellschaft ein

¹⁷⁶ Goldschmidt, Krit.Z.ges.RWiss. 4 (1857) 156, 175.

¹⁷⁷ Vgl. Maffei Alberti/Rossi (Fn. 121) Art. 2247 Cc, Anm. V Rn. 2: „[L]a soluzione intermedia, consistente nel riconoscere alle società di persone (comunque e quanto meno) una soggettività giuridica, sembra quella più plausibile e in corso di affermazione anche a livello giurisprudenziale.“

¹⁷⁸ Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (Fn. 11) § 46 II 1, S. 1363: „Die inzwischen wohl herrschende Auffassung sieht keinen Widerspruch mehr zwischen den Aussagen: ‚Die oHG ist keine juristische Person, sondern eine Gesamthand‘ und ‚Diese Gesamthand ist Rechtssubjekt‘.“ Aus der Rechtsprechung BGH 29.1.2001, BGHZ 146, 341, 343: „Soweit sie [die GbR] in diesem Rahmen eigene Rechte und Pflichten begründet, ist sie (ohne juristische Person zu sein) rechtsfähig (vgl. § 14 Abs. 2 BGB).“

¹⁷⁹ Eingehend dazu bereits Flume, Personengesellschaft (Fn. 161) § 7, S. 87 ff.

¹⁸⁰ Vgl. etwa MüKo/Schäfer (Fn. 157) vor § 705 BGB Rn. 12 und § 705 BGB Rn. 30.

¹⁸¹ So Campobasso, Diritto delle società (Fn. 13) 42.

¹⁸² In diesem Sinne Campobasso (Fn. 13) 47: „[L]a contrapposizione normativa fra società di persone e società di capitali deve essere significativamente ridimensionata, una volta acquisito [...] che anche le società di persone sono trattate dal legislatore come autonomi soggetti di diritto.“

¹⁸³ Vgl. Flume, Personengesellschaft (Fn. 161) § 7 II, S. 91 f.: „Der italienische codice civile von 1942 unterscheidet ‚società aventi personalità giuridica‘ und ‚società non aventi personalità giuridica‘. [...] Anscheinend gewinnt in der italienischen Literatur jedoch die Meinung an Boden, die entsprechend der Handhabung im französischen Recht auch für die Personengesellschaft *personalità giuridica* annimmt.“ – Letzteres unter Berufung auf Francesco Galgano.

Personenverband und die körperschaftliche juristische Person eine Verbandsperson ist“.¹⁸⁴

Hinsichtlich der Zivilgesellschaft hat Italien den Abnabelungsprozess der *società semplice* von ihren Gesellschaftern früher vollzogen als das deutsche Recht. Dabei halfen der scharfe Schnitt des *Codice civile* von 1942 gegenüber der *società civile* und seine subjektfreundliche Formulierung in Art. 2266 Abs. 1. Falls sich der deutsche Gesetzgeber zu einer Reform der GbR durchringt, sollte er an den praktischen Rechtssätzen in Art. 2266 Cc und § 124 HGB Maß nehmen und theoretische Ausführungen zum Wesen der Gesamthand (sofern er sie denn beibehält) beiseitelassen. Auch hier gilt: *Lex moneat, non doceat*.¹⁸⁵ Unabhängig davon täten Rechtsprechung und Rechtslehre in beiden Ländern gut daran, die Lösung konkreter Einzelfragen nicht vorschnell aus einer Großtheorie über die Rechtsnatur von Personengesellschaft oder Gesamthand abzuleiten.¹⁸⁶ Ob eine KG, oHG oder GbR zur Kündigung eines Mietvertrages wegen Eigenbedarfs gemäß § 573 II Nr. 2 BGB berechtigt ist, wenn einer ihrer Gesellschafter die Wohnung zukünftig selbst nutzen möchte,¹⁸⁷ lässt sich sachgerecht ohne tiefere Reflexionen über die „Durchlässigkeit“ der Gesamthand entscheiden.¹⁸⁸ Hierzu hat der BGH zuletzt noch einmal eingehend Stellung genommen.^{188a}

Die zukünftige Debatte dürfte darauf hinauslaufen, ob man die verselbständigten Personengesellschaften dogmatisch ebenfalls als juristische Perso-

¹⁸⁴ Flume, Personengesellschaft (Fn. 161) § 7 II, S. 94 mit dem Zusatz, „daß nämlich die Gesamthandsgesellschaft als Personengemeinschaft in ihren Gesellschaftern existiert, während die juristische Person als Organisation in ihrer Existenz gegenüber den Mitgliedern verselbstündigt ist“. Das Gegensatzpaar Verbandsperson und Personenverband stammt ursprünglich von *Walther Schönfeld*, Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts als Vorarbeit zu einer künftigen Wirklichkeitslehre des Rechts, in: FG 50 Jahre Reichsgericht, Bd. II (1929) 191.

¹⁸⁵ Im Ergebnis ebenso *Schäfer*, DJT-Gutachten (Fn. 7) E 12; *Karsten Schmidt*, Neuregelung des Rechts der Personengesellschaften?, Vorüberlegungen für eine konsistente Reform, ZHR 177 (2013) 712, 716 f.

¹⁸⁶ Überzeugend insoweit BGH 14.2.1957 – II ZR 190/55, BGHZ 23, 302, 305: „[...] kann die Entscheidung darüber, welche Bedeutung der sich aus § 128 HGB ergebenden Haftung der Gesellschafter zukommt, nicht von der juristischen Natur der OHG abhängig gemacht werden. Es kommt vielmehr darauf an, welchen Zwecken die Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft dient.“

¹⁸⁷ Verneinend BGH 15.12.2010 – VIII ZR 210/10, NZG 2011, 993 (KG); bejahend BGH 27.6.2007 – VIII ZR 271/06, NJW 2007, 2845 (GbR); BGH 16.7.2009 – VIII ZR 231/08, NJW 2009, 2738 (GbR); kritisch zur unterschiedlichen Behandlung beider Fälle *Franke Wedemann*, Außen-GbR und OHG: Annäherung und Entfremdung in der Rechtsprechung des BGH seit „ARGE Weißes Roß“, NZG 2011, 533; ausführlich auch *Martin Häublein*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁷ (2016) § 573 R.n. 67.

¹⁸⁸ Im Ansatz zutreffend BGH 27.6.2007, NJW 2007, 2845 R.n. 13: „Es ist allerdings zweifelhaft, ob die Zurechnung des in der Person eines Gesellschafters bestehenden Eigenbedarfs mit dem gesteigerten persönlichen Bezug der Gesellschaft zu ihren Gesellschaftern begründet werden kann [...]“

^{188a} Vgl. BGH 14.12.2016 – VIII ZR 232/15, NJW 2017, 547.

nen einordnen kann, womit prominente Stimmen in Italien¹⁸⁹ und Deutschland¹⁹⁰ liebäugeln. Hierzulande hängt dies wesentlich von dem Zweck einer solchen Kategorienbildung ab. Sofern sie den vorhandenen Rechtsstoff adäquat abbilden soll, fällt dieser Schritt schwer, weil § 14 I und II BGB,¹⁹¹ § 11 II Nr. 1 InsO¹⁹² und § 7 MarkenG¹⁹³ gerade zwischen juristischer Person und rechtsfähiger Personengesellschaft unterscheiden.¹⁹⁴ Wissenschaftlich-konzeptionell erscheint eine derartige Neuordnung aber nicht ausgeschlossen, wenn man den Begriff der juristischen Person von seinem naturrechtlichen Vorverständnis¹⁹⁵ befreit und ihn als übergeordneten System- und Verbundbegriff auch für nicht körperschaftliche Personenvereinigungen öffnet.¹⁹⁶ Dass die Figur der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand dann womöglich ausgedient hätte,¹⁹⁷ wäre entgegen verbreiteter Auffassung kein Bruch mit

¹⁸⁹ Vgl. etwa *Campobasso*, *Diritto delle società* (Fn. 13) 46: „Sostanzialmente corrette sono perciò le conclusioni cui giungevano quanti, negli anni immediatamente successivi al nuovo codice, appassionatamente difesero l'idea che anche le società di persone fossero persone giuridiche.“

¹⁹⁰ Vgl. etwa *Thomas Raiser*, *Gesamthand und juristische Person im Lichte des neuen Umwandlungsrechts*, AcP 194 (1994) 495; *ders.*, *Der Begriff der juristischen Person – Eine Neubestimmung*, AcP 199 (1999) 104, 141 ff.; ferner *Walther Hadding*, *Zum Erlangen von Rechtsfähigkeit nach deutschem Zivilrecht*, in: FS Alfons Kraft (1998) 137, 141 mit der ironischen Frage: „Auf wieviel Zentimeter, Meter oder Kilometer ist die OHG oder KG einer juristischen Person denn angenähert?“, monografisch *Alexander Broduyagin*, *Weshalb die Personengesellschaft keine Gesamthand ist* (2012).

¹⁹¹ § 14 I BGB: „Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft [...]“. § 14 II BGB: „Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.“

¹⁹² § 11 II Nr. 1 InsO: „Ein Insolvenzverfahren kann ferner eröffnet werden: über das Vermögen einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit (offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts, Parteneederei, Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung).“

¹⁹³ § 7 MarkenG: „Inhaber einer eingetragenen und angemeldeten Marke können sein: 1. natürliche Personen, 2. juristische Personen oder 3. Personengesellschaften, sofern sie mit der Fähigkeit ausgestattet sind, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.“

¹⁹⁴ Insoweit zutreffend *MüKo/Schäfer* (Fn. 157) vor § 705 BGB R.n. 12.

¹⁹⁵ Dazu *Martin Lipp*, „Persona moralis“, „juristische Person“ und „Personenrecht“ – Eine Studie zur Dogmengeschichte der „juristischen Person“ im Naturrecht und im frühen 19. Jahrhundert, *Quad.Flor.* 11/12, 1 (1982/83) 217.

¹⁹⁶ In diese Richtung etwa *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht* (Fn. 11) § 8 I 3, S. 184f.; *ders.*, *Die Personengesellschaft als Rechtsfigur des „Allgemeinen Teils“*, AcP 209 (2009) 181, 209: „Ich selbst halte die Überlegung für erlaubt, ob es nicht drei Arten juristischer Personen des Privatrechts gibt: Stiftungen, Körperschaften und Außen-Personengesellschaften“; ablehnend *Flume*, *Personengesellschaft* (Fn. 161) § 4 II, S. 156: „Die Gruppe ist aber nicht als Person oder als Zwischenstufe zu einer Person zu verstehen. Sie ist keine ‚juristische Person‘. Es handelt sich auch, wie *Gierke* mit Recht gesagt hat, bei den Gesamthandsgemeinschaften nicht um ‚verkrüppelte Körperschaftsorganismen oder degenerierte juristische Personen.‘“ Ferner *Beuthien*, NZG 2011, 481, 486, mit der Konzeption einer „kollektiven Gesamtrechtsfähigkeit“ der GbR.

¹⁹⁷ Vgl. dazu auch *Beuthien*, NZG 2011, 481, 484 mit Fn. 33: „Eine demgegenüber ganz

einer „seit Jahrhunderten gewachsenen [...] Rechtstradition“.¹⁹⁸ Wie eine gerade veröffentlichte Habilitationsschrift eindrucksvoll herausgearbeitet hat, reichen die dogmengeschichtlichen Verbindungslinien zwischen dem modernen Personengesellschaftsrecht und den alten Formen der Gesamthand kaum weiter zurück als bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts.¹⁹⁹

Lehrreich ist schließlich die systematische Einordnung der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) in das deutsche und italienische Recht. Während sie hierzulande als Personengesellschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit angesehen wird,²⁰⁰ bildet sie in Italien einen eigenständigen, nicht gesellschaftsrechtlichen Vereinigungstyp (*ente non societario*),²⁰¹ weil sie gemäß Art. 3(1) EWIV-VO keinen gewinnbringenden (*scopo di lucro*), sondern nur einen wirtschaftlichen Zweck (*scopo economico*) verfolgt. In den meisten anderen Mitgliedstaaten ist die EWIV dagegen eine juristische Person. Der europäische Ordnungsgeber hatte seinerzeit – nicht zuletzt aus steuerlichen Gründen²⁰² – eine elegante Lösung gefunden, um die Debatte über die Rechtsnatur von Personengesellschaften nicht in die Hallen des Unionsrechts tragen zu müssen: Art. 1(2) EWIV-VO billigt der EWIV die Handlungs- und Geschäftsfähigkeit (*legal capacity, capacité juridique, capacità giuridica*) zu, während Art. 1(3) EWIV-VO es den Mitgliedstaaten überlässt, ob die in ihren Registern eingetragenen Vereinigungen Rechtspersönlichkeit besitzen.²⁰³

andere Frage ist, ob man künftig alle gesellschaftsrechtlichen Vereinigungen zu juristischen Personen erklären soll. Aber dazu muss man das Gesamthandsvermögen abschaffen, was durch Gesetzesinterpretation oder -umdeutung nicht möglich ist.“

¹⁹⁸ Peter Ulmer, Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen?, AcP 198 (1998) 113, 120; ähnlich MüKo/Schäfer (Fn. 157) vor § 705 BGB Rn. 12: „Der grundsätzliche Unterschied zwischen gesellschaftsrechtlicher Gesamthand und juristischer Person ist seit alters ein Strukturprinzip des deutschen Rechts der Personenverbände.“

¹⁹⁹ Näher Limbach, Gesamthand (Fn. 51) Rn. 488ff. (Ergebnisse der Untersuchung) und öfter.

²⁰⁰ Vgl. § 1 EWIV-Ausführungsg i. V. m. § 124 I HGB, § 11 II Nr. 1 InsO.

²⁰¹ Auf ihn finden die Regeln der EWIV-VO und die ausführenden Bestimmungen in decreto legislativo de 23 luglio 1991, n. 240 Anwendung; monografisch Masi Pietro, Il gruppo europeo di interesse economico (1994).

²⁰² Vgl. Dirk van Gerven, Chapter 1, in: European Economic Interest Groupings, hrsg. von dems./Carel Aalders (1990) 4, 7f.: „Art. 1, 3 Reg. does not detract from the full autonomy of action afforded to the EEIG by Art. 1, 2 Reg. which is of uniform application. It only reflects the different tax repercussions attached by the laws of certain Member States to ‚legal capacity‘ and ‚legal personality‘. In West Germany and in Italy, legal persons pay income tax independent of their members. Therefore, in order to prevent inconsistency between those national laws and Art. 40 Reg., which considers EEIGs to be tax transparent, the Regulation did not itself give legal personality to the EEIG.“

²⁰³ Dazu Holger Fleischer, Supranationale Gesellschaftsformen in der Europäischen Union, ZHR 174 (2010) 385, 416f.

2. Haftungsverfassung

a) Italien

Die persönliche Gesellschafterhaftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bildet ein typusprägendes Strukturmerkmal der *società di persone*. Ihre Ausgestaltung variiert in Italien je nach Gesellschaftsform.

(1) *Einfache Gesellschaft*. – Die Grundnorm für die einfache Gesellschaft findet sich in Art. 2267 Abs. 1 Satz 2 Cc. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften danach persönlich und gesamtschuldnerisch die Gesellschafter, die im Namen und für Rechnung der Gesellschaft gehandelt haben, und, unbeschadet gegenteiliger Vereinbarung, die übrigen Gesellschafter. Diese Haftung erstreckt sich nach ganz herrschender Meinung gleichermaßen auf rechtsgeschäftlich und gesetzlich begründete Verbindlichkeiten.²⁰⁴ Insbesondere haften die Gesellschafter auch für deliktisches Handeln eines Gesellschafters im Rahmen der Geschäftstätigkeit. Dies hat der Kassationshof verschiedentlich ausgesprochen und schon 1991 als „ius receptum“²⁰⁵ bezeichnet. Eine weitere Entscheidung aus dem Jahre 1999 hat diese Rechtsprechungslinie abermals bekräftigt und gleich doppelt begründet: Zum einen handle es sich bei der Deliktsschuld um eine Gesellschaftsschuld, für die alle Gesellschafter einstehen müssten; zum anderen realisiere sich in der Haftung das von ihnen zu tragende Unternehmensrisiko.²⁰⁶ Carlo Angelici, ein hoch angesehener Vertreter der römischen Schule im Gesellschaftsrecht, ist der Spruchpraxis kürzlich in einem rechtsvergleichend angelegten Grundlagenbeitrag beigetreten.²⁰⁷ Als Zurechnungsgrundlage hat er ebenfalls die gemeinschaftliche Einbindung der Gesellschafter in eine Unternehmenstätigkeit und das damit einhergehende Unternehmensrisiko herausgearbeitet. Dabei betont er, dass die Deliktshaftung der Personengesellschaft weniger mit ihrer personenrechtlichen Verselbständigung zusammenhänge, sondern vielmehr mit der Verselbständigung ihrer Tätigkeit und ihres Vermögens.²⁰⁸

Eine erste Begrenzung der unbeschränkten persönlichen Haftung besteht darin, dass Art. 2267 Abs. 1 Satz 2 Cc gesellschaftsvertragliche Haftungsbe-

²⁰⁴ Vgl. statt vieler Maffei Alberti/*Contarini* (Fn. 33) Art. 2267 Cc, Anm. I Rn. 5: „La responsabilità illimitata [...] riguarda non solo le obbligazioni derivanti da contratto, ma anche quelle derivanti da fatto illecito e da ogni altra causa, come ad esempio il debito di imposta [...]“.

²⁰⁵ Cass. 14.10.1991, n. 10814, *Giur.it.* 1992, I, 1, 713, 714.

²⁰⁶ So Cass. 14.5.1999, n. 4768, *Dir.fall.* 2000, II, 960, 963f.

²⁰⁷ Vgl. Carlo Angelici, *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, *Riv.dir. comm.* 2011, I, 49, 69ff.

²⁰⁸ Vgl. Angelici, *Riv.dir. comm.* 2011, I, 49, 75: „Si tratta in sintesi di ciò: il patrimonio della società risponde per illecito non in quanto ‚persona‘, ma perché destinato ed utilizzato in un’attività dotata di specifiche caratteristiche organizzative; ed il socio risponde personalmente sulla base dei modi in cui partecipa a quell’attività ed a quella organizzazione.“

schränkungen (*patti di esonero dalla responsabilità*) ausdrücklich zulässt. Wie sich aus Art. 2267 Abs. 2 Satz 2 Cc erschließen lässt, kann es sich dabei sowohl um eine Beschränkung (*limitazione*) als auch um einen vollständigen Ausschluss (*esclusione*) der persönlichen Haftung handeln. Von jeglicher Haftungserleichterung ausgeschlossen sind allerdings „i soci che hanno agito in nome e per conto della società“. Einzelfragen sind wegen des unglücklichen Gesetzeswortlauts umstritten. Die herrschende Lehre bejaht eine zwingende unbeschränkte Haftung aller mit Vertretungsmacht ausgestatteten Gesellschafter, unabhängig davon, ob sie das jeweilige Rechtsgeschäft persönlich vorgenommen haben, und lässt eine Haftungsbeschränkung allein für nicht geschäftsführende Gesellschafter zu.²⁰⁹ Eine haftungsbeschränkende Vereinbarung ist Dritten nach Art. 2267 Abs. 2 Satz 1 Cc durch geeignete Mittel bekannt zu geben. Dies kann durch eine Verlautbarung im Unternehmensregister, aber auch durch Anzeigen in Tageszeitungen oder Spezialpublikationen geschehen.²¹⁰ Fehlt eine solche Bekanntgabe, können Haftungsbeschränkung oder -ausschluss gemäß Art. 2267 Abs. 2 Satz 2 Cc denjenigen, die davon keine Kenntnis hatten, nicht entgegengesetzt werden.

Außerdem ist die persönliche Gesellschafterhaftung keine primäre, sondern eine subsidiäre:²¹¹ Gemäß Art. 2268 Cc kann der zur Bezahlung von Gesellschaftsschulden aufgeforderte Gesellschafter die vorherige Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen verlangen, indem er die Gegenstände angibt, aus denen sich der Gläubiger leicht befriedigen kann. Dies gilt auch dann, wenn sich die Gesellschaft bereits in Liquidation befindet. Man spricht insoweit von einem *beneficio di preventiva escussione*,²¹² angelehnt an die Einrede der Vorausklage (*beneficium excussionis*), die Justinian dereinst im Bürgschaftsrecht eingeführt hatte.²¹³ Es wird bei der einfachen Gesellschaft nicht von Amts wegen berücksichtigt, sondern muss von dem betreffenden Gesellschafter ausdrücklich geltend gemacht werden.²¹⁴ Dazu muss er nach herrschender Lehre auf Vermögensgegenstände der Gesellschaft verweisen, die sich rasch und einfach zu Geld machen lassen;²¹⁵ eine Gegenmeinung ist großzügiger und lässt bei fehlender Gefahr für die Gläubigerbefriedigung zum Beispiel auch den Hinweis auf eine Immobilienverwertung zu, selbst wenn diese einige Zeit in Anspruch nehmen sollte.²¹⁶ Die vergleichsweise schwach ausgeprägte Einrede der Vorausklage begründet man im Schrift-

²⁰⁹ Vgl. *Campobasso*, Diritto delle società (Fn. 13) 81 mit Fn. 60.

²¹⁰ Vgl. Maffei Alberti/*Contarini* (Fn. 33) Art. 2267 Cc, Anm. II Rn. 4.

²¹¹ Vgl. Maffei Alberti/*Contarini* (Fn. 33) Art. 2267 Cc, Anm. I Rn. 3: „La responsabilità dei soci è diretta, ma sussidiaria.“ Ferner *Santi*, Società in genere (Fn. 36) 465.

²¹² Vgl. *Campobasso*, Diritto delle società (Fn. 13) 83; *Santi*, Società in genere (Fn. 36) 468.

²¹³ Nov. 4, 1; dazu etwa *Heinrich Honsell*, Römisches Recht⁷ (2010) 114.

²¹⁴ Vgl. *Campobasso*, Diritto delle società (Fn. 13) 84.

²¹⁵ Vgl. Maffei Albert/*Contarini* (Fn. 33) Art. 2268 Cc, Anm. I Rn. 5 m. w. N.

²¹⁶ So etwa *Bolaffi*, Società semplice (Fn. 44) 385.

tum damit, dass es bei der einfachen Gesellschaft an einem Jahresabschluss fehlt, der den Gläubigern Hinweise auf das Gesellschaftsvermögen geben könnte.²¹⁷

Wer einer bereits gegründeten Gesellschaft beitrifft, haftet gemäß Art. 2269 Cc mit den übrigen Gesellschaftern für die vor dem Erwerb der Gesellschaftereigenschaft entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Literaturstimmen rechtfertigen diese scharfe Haftung damit, dass eine unterschiedliche Verantwortlichkeit von Alt- und Neugesellschaftern vielfältige Probleme für Gläubiger und Gesellschafter mit sich brächte.²¹⁸ Immerhin kann der Neugesellschafter die Haftung für Altverbindlichkeiten nach Maßgabe des Art. 2267 Cc abbedingen. Umstritten ist, ob es dazu auch einer Bekanntgabe durch geeignete Mittel gemäß Art. 2267 Abs. 2 Cc bedarf oder nicht.²¹⁹

Ein ausscheidender Gesellschafter oder seine Erben haften Dritten gegenüber nach Art. 2290 Abs. 1 Cc für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (nur) bis zu seinem Ausscheiden. Die Vorschrift erfasst sowohl den Austritt als auch den Ausschluss des Altgesellschafters sowie die Abtretung seiner Beteiligung. Allerdings muss das Ausscheiden Dritten gegenüber gemäß Art. 2290 Abs. 2 Cc mit geeigneten Mitteln bekannt gemacht werden. Andernfalls lässt sich die Enthftung solchen Dritten nicht entgegensetzen, die davon ohne ihr Verschulden keine Kenntnis hatten. Zu den *obbligazioni sociali* zählen vertragliche wie gesetzliche Verbindlichkeiten.²²⁰ Eine gesonderte Diskussion über die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen – wie in Deutschland – gibt es offenbar nicht. Aus einem Urteil des Kassationshofs von 1979 über einen Mietvertrag muss man wohl schließen, dass ein ausscheidender Gesellschafter für Mietschulden der Gesellschaft, die erst nach seinem ordnungsgemäß bekannt gemachten Ausscheiden fällig werden, nicht mehr haftet.²²¹

(2) *Offene Handelsgesellschaft*. – Bei der oHG haften sämtliche Gesellschafter gemäß Art. 2291 Abs. 1 Cc als Gesamtschuldner und unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Eine gegenteilige Vereinbarung ist Dritten gegenüber nach Art. 2291 Abs. 2 Cc wirkungslos.

Das *beneficio di escussione* ist in der oHG schlagkräftiger ausgestaltet als in der einfachen Gesellschaft. Gemäß Art. 2304 Cc können die Gläubiger der

²¹⁷ So *Campobasso*, *Diritto delle società* (Fn. 13) 84.

²¹⁸ Vgl. *Pier Giusto Jaeger/Francesco Denozza/Alberto Toffoletto*, *Appunti di diritto commerciale – Impresa e società*⁷ (2010) 145; *Maffei Alberti/Contarini* (Fn. 33) Art. 2269 Cc, Anm. I Rn. 1.

²¹⁹ Dazu *Maffei Alberti/Contarini* (Fn. 33) Art. 2267 Cc, Anm. III Rn. 2 m. w. N.

²²⁰ Vgl. *Stefano Bonora*, in: *Commentario breve al diritto delle società*³, hrsg. von Alberto Maffei Alberti (2015) Art. 2290 Cc, Anm. II Rn. 3.

²²¹ Vgl. *Cass. 5.2.1979*, n. 774, *Dir.fall.* 1979, II, 154; siehe auch *Maffei Alberti/Bonora* (vorige Fn.) Art. 2290 Cc, Anm. II Rn. 3.

Gesellschaft, auch wenn sich die Gesellschaft in Liquidation befindet, von den einzelnen Gesellschaftern Zahlung erst nach Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen verlangen. Mithin greift die nachgeordnete Gesellschaftshaftung automatisch ein²²² und muss von den oHG-Gesellschaftern nicht erst im Wege der Einrede geltend gemacht werden; ebenso wenig bedarf es der Angabe vollstreckungsfähigen Gesellschaftsvermögens. Keine Nachrangigkeit besteht ausnahmsweise dann, wenn eine vorherige Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen offensichtlich aussichtslos erscheint, zum Beispiel bei vergeblichen Vollstreckungsversuchen anderer Gläubiger.²²³

(3) *Kommanditgesellschaft*. – Für die KG gilt im Ausgangspunkt die althergebrachte Abstufung in Haftungsfragen: Die Komplementäre haben nach Art. 2318 Cc dieselben Rechte und Pflichten wie die Gesellschafter einer oHG, haften also gesamtschuldnerisch und unbeschränkt für die Gesellschafterverbindlichkeiten, während die Kommanditisten gemäß Art. 2317 Abs. 2 Cc nur beschränkt auf ihren Anteil haften, es sei denn, dass sie sich an den Geschäften der Gesellschaft beteiligt haben. Der letzte Halbsatz gibt bereits einen Hinweis auf die für das italienische KG-Recht zentral wichtige Bestimmung in Art. 2360 Cc. Danach besteht für die Kommanditisten ein strenges Geschäftsführungsverbot („divieto di immistione“).²²⁴ Sie dürfen weder Verwaltungshandlungen vornehmen noch im Namen der Gesellschaft über Geschäfte verhandeln oder solche abschließen, außer aufgrund einer Sondervollmacht für einzelne Geschäfte (Abs. 1 Satz 1). Der Kommanditist, der gegen dieses Verbot verstößt, übernimmt Dritten gegenüber die unbeschränkte und gesamtschuldnerische Haftung für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten (Abs. 1 Satz 2). Die Kommanditisten dürfen aber unter der Leitung der Geschäftsführer mitarbeiten und, wenn der Gründungsvertrag es erlaubt, Ermächtigungen und Gutachten für bestimmte Geschäfte erteilen sowie Besichtigungs- und Aufsichtshandlungen vornehmen (Abs. 2).

b) Deutschland

(1) *Offene Handelsgesellschaft*. – Für Deutschland empfiehlt es sich, mit der Haftungsverfassung der oHG zu beginnen. Nach § 128 Satz 1 HGB haften die Gesellschafter den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner persönlich. Dass es sich hierbei um ein konstitutives Merkmal der oHG handelt,²²⁵ hatten führende Kommentatoren bereits zur

²²² Vgl. *Campobasso*, Diritto delle società (Fn. 13) 84: „Nella società in nome collettivo regolare, invece, il beneficio di escussione è più intenso; opera automaticamente.“

²²³ Vgl. *Leonora Lafelli*, in: Commentario breve al diritto delle società³, hrsg. von Alberto Maffei Alberti (2015) Art. 2304, Anm. II Rn. 8.

²²⁴ Eingehend *Campobasso*, Diritto delle società (Fn. 13) 128 ff.

²²⁵ Dazu etwa *Markus Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB³⁷ (2016) § 128 Rn. 1.

wortgleichen Vorgängervorschrift in Art. 112 ADHGB hervorgehoben: „Durch die solidarische und unbeschränkte Haft ihrer sämtlichen einzelnen Theilhaber hat sich die offene Handelsgesellschaft seit ihrer Ausbildung im Handelsverkehre einerseits sowohl von der gewöhnlichen oder römischen Societas sowie andererseits von der stillen und Kommanditgesellschaft und von der Aktiengesellschaft unterschieden.“²²⁶

§ 128 Satz 1 HGB gilt nach ganz herrschender Auffassung für sämtliche Gesellschaftsverbindlichkeiten, gleich aus welchem Rechtsgrund.²²⁷ Dies schließt seit den Zeiten des RG eine Haftung für Deliktsschulden ein,²²⁸ wie der BGH im Jahre 2007 noch einmal bestätigt hat.²²⁹ Gelegentliche Grundsatzkritik hieran²³⁰ ist in der Rechtspraxis bisher ungehört verhallt, aber nicht gänzlich verstummt.

Die persönliche Haftung der einzelnen Gesellschafter ist insofern zwingend vorgeschrieben, als sie nach § 128 Satz 2 HGB nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder sonstige Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander beschränkt werden kann.²³¹ Ebenso wenig gibt es eine Einrede der Vorausklage; vielmehr kann der Gläubiger den einzelnen Gesellschafter sofort in Anspruch nehmen, ohne sich vorher an die oHG zu halten.²³² Dies folgt nicht zuletzt aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift: Während der Beratungen zum ADHGB war ein Antrag, die Gesellschafterhaftung subsidiär auszugestalten, zwar von einem Delegierten eingebracht worden,²³³ wurde dort aber weder besprochen noch weiterverfolgt. Goldschmidt rechtfertigte das gläubigerfreundliche Haftungssystem des ADHGB später damit, dass eine Einrede der Vorausklage dem scharf ausgeprägten Personalcharakter der oHG zuwiderliefe.²³⁴

Ein neu eintretender oHG-Gesellschafter haftet nach § 130 I HGB gleich den anderen Gesellschaftern nach Maßgabe des § 128 für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied,

²²⁶ *Anschütz/v. Völderndorff*, Kommentar zum ADHGB (Fn. 139) Art. 112, Anm. I, S. 241.

²²⁷ Vgl. BVerwG 14.10.2015 – 9 C 11/14, NZG 2016, 1262 (Gewerbesteuerschulden); Baumbach/Hopt/Roth (Fn. 225) § 128 HGB Rn. 2; *Mathias Habersack*, in: Großkommentar zum HGB⁵ (2009) § 128 Rn. 10; *Karsten Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum HGB³ (2016) § 128 Rn. 10; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II (Fn. 157) § 8 III 3 b aa, S. 733.

²²⁸ Vgl. RG 29.6.1883 – Rep. II 170/3, RGZ 10, 301, 302.

²²⁹ Vgl. BGH 3.5.2007 – IX ZR 218/05, BGHZ 172, 169 Rn. 25.

²³⁰ Ablehnend etwa *Holger Altmeyen*, Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft für Delikte, NJW 1996, 1021; *Flume*, Personengesellschaft (Fn. 161) § 16 IV 6, S. 344.

²³¹ Vgl. *Alfred Hueck*, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft⁴ (1971) § 21 III, S. 322.

²³² Vgl. *Hueck*, Offene Handelsgesellschaft (vorige Fn.) § 21 II 7, S. 320.

²³³ Vgl. *Lutz*, Protokolle (Fn. 113) 216: „Ein Antrag ging dahin, in einem Zusatz zu dem Artikel zu bestimmen: ‚Während des Bestehens der Gesellschaft steht den wegen Erfüllung einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommenen einzelnen Gesellschaftern die Einrede der Vorausklage unter den dieselbe bedingenden Voraussetzungen zu.‘“

²³⁴ Vgl. *Levin Goldschmidt*, Erwerbs- und Wirtschafts-Genossenschaften – Studien und Vorschläge, ZHR 27 (1882) 1, 39.

ob die Firma eine Änderung erleidet oder nicht. Historisch hatte bereits der Entwurf eines Allgemeinen Handelsgesetzbuches von 1848/49 eine solche Haftung damit gerechtfertigt, dass sie „zweckmäßig und fast nothwendig [ist], um die sonst so leicht entstehende Verwirrung zu vermeiden“.²³⁵ Heute liest man zur Erklärung, dass die Lösung des § 130 I HGB einer im Verkehrsschutzinteresse zu Ende gedachten Akzessorietät der Haftung entspreche.²³⁶ Eine entgegengesetzte Vereinbarung der bisherigen Gesellschafter mit dem neu eintretenden Gesellschafter ist Dritten gegenüber gemäß § 130 II HGB unwirksam. Möglich bleiben nur Haftungsvereinbarungen mit dem Gläubiger.²³⁷

Scheidet ein oHG-Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so haftet er nach § 160 I Satz 1 HGB für seine bis dahin begründeten Verbindlichkeiten, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Ausscheiden fällig werden. Die Frist beginnt gemäß § 160 I Satz 2 HGB mit dem Ende des Tages, an dem das Ausscheiden in das Handelsregister eingetragen wird.

(2) *BGB-Gesellschaft*. – Mit Anerkennung der Rechtssubjektivität der (Außen-)GbR²³⁸ hat der BGH auch deren Haftungsverfassung auf eine neue Grundlage gestellt. Die sogenannte Doppelverpflichtungslehre wurde ausgemustert und durch eine Gesellschafterhaftung nach dem Modell der §§ 128–130 HGB ersetzt. Methodisch stützt man sich heute überwiegend auf eine Analogie;²³⁹ gelegentlich greift man aber auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz der unbeschränkten Gesellschafterhaftung²⁴⁰ oder auf das Wesen der Gesamthand²⁴¹ zurück.

²³⁵ Motive zu Art. 44, abgedruckt in: Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland (1848/49), hrsg. von Theodor Baums (1982) 143 mit der weiteren Erläuterung: „Der neue Gesellschafter gibt durch seinen Eintritt zu erkennen, daß er der Lage der Gesellschaft traut, und das handelnde Publikum hat um so mehr Grund, anzunehmen, daß er in Beziehung auf seine Verpflichtungen zwischen alten und neuen Schulden nicht unterscheiden wolle, als es sich in der Regel um fortlaufende Geschäftsverbindlichkeiten handelt, wo Forderung und Gegenforderung sich nicht so vereinzelt darstellt.“

²³⁶ Vgl. BGH 7.4.2003 – II ZR 56/02, BGHZ 154, 370, 373; Baumbach/Hopt/Roth (Fn. 225) § 130 HGB Rn. 1.

²³⁷ Vgl. GroßKomm/Habersack (Fn. 227) § 128 HGB Rn. 16.

²³⁸ Vgl. BGH 29.1.2001, BGHZ 146, 341 Leitsatz a.

²³⁹ Vgl. BVerwG 14.10.2015, NZG 2016, 1262 Rn. 12; BGH 3.5.2007 – IX ZR 218/05, BGHZ 172, 169 Rn. 23 ff.; ansatzweise schon BGH 29.1.2001, BGHZ 146, 341, 358.

²⁴⁰ So BGH 27.9.1999 – II ZR 371/98, BGHZ 142, 315, 319; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II (Fn. 157) § 7 III 4 a, S. 658: „Eine Analogie zu § 128 HGB ist nicht notwendig; es ist methodisch korrekt und sachlich ausreichend, die in den Personenhandelsgesellschaften tradierte Verantwortlichkeit der Mitunternehmer als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zu begreifen und die selbständige BGB-Gesellschaft nach diesem Modell zu behandeln.“

²⁴¹ So *Flume*, Personengesellschaft (Fn. 161) § 16 IV 1, S. 306: „Die Problematik von Schuld und Haftung läßt sich aber für die Fälle der Gesamthand nur in Hinsicht auf das ‚Wesen der Gesamthand‘ lösen.“

Der II. Zivilsenat des BGH hat dieses Modell einer akzessorischen Gesellschafterhaftung in rascher Folge durch eine Reihe von Grundsatzentscheidungen präzisiert. Spätestens seit seinem Urteil von 2003 ist die für die Doppelverpflichtungslehre charakteristische Differenzierung zwischen rechtsgeschäftlich begründeten und gesetzlichen Verbindlichkeiten²⁴² überholt; vielmehr haften GbR-Gesellschafter ebenso wie oHG-Gesellschafter für sämtliche Gesellschaftsschulden einschließlich deliktischer Verbindlichkeiten.²⁴³ Ein neu eintretender Gesellschafter haftet analog § 130 HGB auch für Altverbindlichkeiten.²⁴⁴ Die Forthaftung ausscheidender GbR-Gesellschafter für Altverbindlichkeiten richtet sich aufgrund der Verweisung in § 736 II BGB nach § 160 HGB. Im Schrifttum hat der Übergang zur akzessorischen Gesellschafterhaftung überwiegend Zustimmung gefunden.²⁴⁵ Umstritten geblieben ist die persönliche Gesellschafterhaftung bei Deliktsschulden²⁴⁶ und die Haftung des eingetretenen Gesellschafter für Altverbindlichkeiten.²⁴⁷

Die Möglichkeiten einer privatautonomen Haftungsbeschränkung sind heute eng begrenzt. Einem einseitigen Ausschluss der persönlichen Haftung durch Firmierung als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ hatte der BGH beizeiten einen Riegel vorgeschoben.²⁴⁸ Ebenso wenig hilft eine entsprechende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, selbst wenn sie nach außen erkennbar ist, arg. § 128 Satz 2 HGB.²⁴⁹ Möglich bleiben eine Freistellungsabrede oder ein Erlassvertrag mit dem jeweiligen Gesellschaftsgläubiger, die allerdings nur rechtsgeschäftliche GbR-Verbindlichkeiten erfassen.²⁵⁰ Hinzu kommen institutionelle Haftungsbeschränkungen bei atypischen Gesellschaften, namentlich bei geschlossenen Immobilienfonds, Bauherrengemeinschaften und Idealgesellschaften.²⁵¹

(3) *Kommanditgesellschaft*. – Gegenüber Dritten haftet ein Kommanditist gemäß § 172 I HGB grundsätzlich nur in Höhe der verlautbarten Haftsumme. Diese Haftungsbegrenzung durch Registereintrag entfaltet ihre Wirkung allerdings erst mit Eintragung in das Handelsregister, § 176 I HGB. Vor der Eintragung ordnet § 176 HGB die volle persönliche Haftung der

²⁴² Vgl. BGH 30.4.1979 – II ZR 137/78, BGHZ 74, 240, 242; BGH 10.2.1992 – II ZR 54/91, BGHZ 117, 168, 176.

²⁴³ Vgl. BGH 24.2.2003 – II ZR 385/99, BGHZ 154, 88, 89 Leitsatz b.

²⁴⁴ Vgl. BGH 7.4.2003 – II ZR 56/02, BGHZ 154, 370 Leitsatz a.

²⁴⁵ Vgl. Carsten Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB⁶ (2013) § 714 Rn. 34: „Aus heutiger Sicht hat sich die Akzessoritätstheorie durch höchstrichterliche Rechtsfortbildung durchgesetzt.“

²⁴⁶ Verneinend Schäfer, DJT-Gutachten (Fn. 7) E 76 f. m. w. N.

²⁴⁷ Bejahend Schäfer, DJT-Gutachten (Fn. 7) E 77 f. m. w. N.

²⁴⁸ Vgl. BGH 27.9.1999 – II ZR 371/98, BGHZ 142, 315.

²⁴⁹ Vgl. MüKo/Schäfer (Fn. 245) § 714 BGB Rn. 66.

²⁵⁰ Vgl. MüKo/Schäfer (Fn. 245) § 714 BGB Rn. 66.

²⁵¹ Vgl. BGH 21.1.2002 – II ZR 2/00, BGHZ 150, 1.

Kommanditisten an.²⁵² Abgesehen von diesen seltenen Fällen vermochten sich Gesetzgeber und Rechtsprechung in Deutschland nicht zu einer unbeschränkten Kommanditistenhaftung durchzuringen.²⁵³ Als *cause célèbre* gilt der sogenannte Rektor-Fall: Ein Schulrektor hatte zusammen mit einer ungelerten und vermögenslosen Zuschneiderin eine Strickerei-KG gegründet. Da er wegen seiner beruflichen Stellung nicht kaufmännisch tätig werden konnte, wurde er Kommanditist mit einer Einlage von 10.000 DM, während die Zuschneiderin persönlich haftende Gesellschafterin wurde. Als die KG drei Jahre später zusammenbrach, nahm eine Kreditgeberin der Gesellschaft den Rektor persönlich auf Rückzahlung des Kredits in Anspruch. Der II. Zivilsenat des BGH lehnte eine solche Durchgriffshaftung unter seinem Vorsitzenden Robert Fischer ab: „Ein Kommanditist haftet nicht schon dann unbeschränkt, wenn er wirtschaftlich gesehen der alleinige Inhaber des Handelsgeschäfts ist und der persönliche haftende Gesellschafter mittellos ist.“²⁵⁴ Zur Begründung führte der Senat aus, es gebe keinen zwingenden wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatz über den Zusammenhang von Herrschaft und Haftung.²⁵⁵ Ebenso wenig stelle es einen Missbrauch der Rechtsform der KG dar, wenn jemand als Kommanditist in Wirklichkeit die Geschäfte betreibe und eine vermögenslose Person als persönlich haftenden Gesellschafter vorschiebe. Vielmehr müssten besondere Umstände vorliegen, wenn der Kommanditist in einem solchen Fall gehindert sein soll, sich auf die Haftungsbeschränkung zu berufen.

c) Würdigung

Bei der Haftungsverfassung zeigt sich vielleicht am deutlichsten, dass Personenhandelsgesellschaften diesseits und jenseits der Alpen über gemeinsame Wurzeln verfügen. Treffend hat man die solidarische Haftung der oHG-Gesellschafter schon früh als ein „selbständiges Zeugnis des kaufmännischen Gewohnheitsrechtes“²⁵⁶ bezeichnet. Sie gilt in beiden Ländern als eine so wesentliche Grundlage der oHG, dass eine entgegenstehende Vereinbarung der Gesellschafter Dritten gegenüber wirkungslos ist. Tief in das gemeinsame Bewusstsein eingeschrieben ist außerdem die Rechtsüberzeugung, dass sich die persönliche Gesellschafterhaftung auf sämtliche Verbind-

²⁵² Eingehend dazu *Konrad Beyerle*, Der unbeschränkt haftende Kommanditist – Ein Beitrag zur Rechtsposition des nicht eingetragenen Kommanditisten (1976); *Barbara Dauner-Lieb*, Die Kommanditistenhaftung vor Eintragung (§ 176 Abs. 1 HGB), in: FS Marcus Lutter (2000) 835.

²⁵³ Näher *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht (Fn. 11) § 53 IV 3 d, S. 1552 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II (Fn. 157) § 9 III 10, S. 833 ff.

²⁵⁴ BGH 17.3.1966 – II ZR 282/63, BGHZ 45, 204 Leitsatz; dazu *Robert Fischer*, LM Nr. 7 zu § 171 HGB; Vorinstanz OLG Hamm 8.5.1963 – 8 U 102/62, MDR 1963, 849.

²⁵⁵ Vgl. BGH 17.3.1966 – II ZR 282/63, BGHZ 45, 204, 205 f.

²⁵⁶ *Anschütz/v. Völderndorff*, Kommentar zum ADHGB (Fn. 139) Art. 112, Anm. I, S. 241.

lichkeiten der Gesellschaft erstreckt. Diese Traditionslinie hat die EWIV-VO aufgenommen und fortgeführt, indem sie in ihrem Erwägungsgrund zu Art. 24(1) erläutert, dass die Einstandspflicht der Gesellschaft für Verbindlichkeiten der EWIV aus jedem Rechtsgrund einschließlich derjenigen im Bereich der Steuern und der sozialen Sicherheit gelten soll. In der Literatur hat man diesen umfassenden Gläubigerschutz gar als eine „paneuropäische Rechtsauffassung“²⁵⁷ bezeichnet.

Zugleich zeigt die Zusammenschau der Gesellschafterhaftung, dass gemeinsame Grundstrukturen lokale Variationen nicht ausschließen. Ein Musterbeispiel bietet die Einrede der Vorausklage, die zwar in Italien, nicht aber in Deutschland Fuß gefasst hat. Sie ist dem romanischen Seitenstrang des Personengesellschaftsrechts entsprungen. Im *Codice di commercio* von 1865 noch nicht enthalten, wurde sie erstmals durch den *Codice di commercio* von 1882 in das italienische Recht eingeführt.²⁵⁸ Dabei orientierte sich der Gesetzgeber an französischer Rechtsprechung und Rechtslehre, die mit großer Mehrheit eine Subsidiaritätsklausel in den damaligen Art. 22 des *Code de commerce* hineingelesen hatten.²⁵⁹ Aus hiesiger Sicht sprach Goldschmidt mit kritischem Unterton von einer Facette des „französischen Systems“ und stellte ihr das „deutsche System“ gegenüber,²⁶⁰ für das er vehement Partei ergriff: Häufig genug verfüge die Gesellschaft nur über ein sehr geringes Vermögen, dessen Existenz und Umfang für die Gesellschaftsgläubiger regelmäßig ebenso unerkennbar wie unkontrollierbar seien.²⁶¹ Deren Schutz verdiene daher grundsätzlich Vorrang vor dem Interesse der Gesellschafter und ihrer Privatgläubiger an einer „Vor-Haftung“ der Gesellschaft. Immerhin für erwägenswert hielt er aus Zweckmäßigungs- und Billigkeitsgründen die „Nothwendigkeit vorgängiger fruchtloser Interpellation der Firma“,²⁶² wie sie im Hamburger Gewohnheitsrecht zu finden sei.²⁶³ Welche Lösung

²⁵⁷ Wiedemann, Gesellschaftsrecht II (Fn. 157) § 8 III 3 b aa, S. 733.

²⁵⁸ Vgl. Art. 106 Satz 2 *Codice di commercio* von 1882: „Tuttavia i creditori della società non possono pretendere il pagamento dai singoli soci prima di aver esercitata l'azione contro la società.“

²⁵⁹ Dazu *Vivante*, Società commerciali (Fn. 102) 122 mit folgendem Hinweis in Fn. 21: „Benché l'art. 22 Cod. Comm. francese si limiti a dire che i soci in nome collettivo sono obbligati solidariamente per tutti i debiti della società; la dottrina e la giurisprudenza in grande maggioranza si accordano nel riconoscere all'obbligazione dei soci il carattere di un'obbligazione sussidiaria.“

²⁶⁰ Vgl. Goldschmidt, ZHR 27 (1882) 1, 38: „Wenn daneben, so besteht gesellschaftliche Gesamthaft, cumuliert mit direkter, primärer (prinzipaler) und unbeschränkter Haft aller einzelnen Gesellschafter (Deutsches System); wenn dahinter, so besteht gesellschaftliche Gesamthaft cumuliert mit direkter, aber nur subsidiärer unbeschränkter Haft aller einzelnen Gesellschafter (Französisches System).“

²⁶¹ Vgl. Goldschmidt, ZHR 27 (1882) 1, 39.

²⁶² Goldschmidt, ZHR 27 (1882) 1, 39 mit Fn. 75.

²⁶³ Dazu *Victor Ehrenberg*, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht (1880) 387.

aus heutiger Sicht rechtspolitisch vorzugswürdig ist, wird unterschiedlich beurteilt²⁶⁴ und ist anderwärts zu vertiefen. Für die EWIV schreibt Art. 24(2) EWIV-VO fest, dass deren Gläubiger ihre Forderungen gegenüber einem Mitglied der EWIV erst dann geltend machen können, wenn sie die EWIV zur Zahlung aufgefordert haben und die Zahlung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt ist.

Ein weiteres Auseinanderlaufen zwischen französischem und deutschem System zeigt sich in der Konzeption der Kommanditistenhaftung. Hier hat der italienische Gesetzgeber das althergebrachte Verbot der Teilnahme des Kommanditisten an oder der Beschäftigung in der Geschäftsleitung rezipiert, wie es bereits in Art. 27, 28 des *Code du commerce* von 1807 enthalten war und heute gemäß Art. L. 222-6 *Code de commerce* fortgilt.²⁶⁵ Die schneidige komplementärgeleiche Haftung soll Kommanditisten abschrecken, Dritte über ihre Stellung in der Gesellschaft zu täuschen.

Was die Gesellschafterhaftung in der Zivilgesellschaft anbelangt, stützt der rechtsvergleichende Befund zunächst Grundpositionen der hiesigen Rechtsprechung zur Haftung der BGB-Gesellschafter für Deliktsschulden und zur Einstandspflicht des neu eintretenden Gesellschafters für Altverbindlichkeiten. Beide Fälle spiegeln zugleich die zunehmende Verselbständigung der Zivilgesellschaft wider, die sich für die *società semplice* schon früher abzeichnete als für die GbR. Auf europäischer Ebene sieht Art. 26(2) EWIV-VO ebenfalls eine Haftung des Neugesellschafters für Altschulden vor, allerdings – wie im italienischen Recht – mit der Möglichkeit des Ausschlusses durch Gesellschafts- oder Aufnahmevertrag und Eintragung im Handelsregister.²⁶⁶ Wertvolle Anregungen für eine Reform des GbR-Gesellschaftsrechts bietet die größere Variabilität der Gesellschafterhaftung in der *società semplice*: Sie ermöglicht die Nachbildung des Kommanditisten-Modells auch bei nicht handelsgewerblichen Zusammenschlüssen durch eine Kombination unbeschränkt und beschränkt haftender Gesellschafter, also eine Art zivile oder bürgerlichrechtliche KG.²⁶⁷ Hierfür kann auch in Deutschland ein praktisches Bedürfnis bestehen, ohne dass man eine kleingewerbliche GbR oder eine Vermögensverwaltungsgesellschaft stets auf die Eintragungsoption nach § 105 II HGB verweisen müsste. Schließlich zeigt das italienische Modell in Art. 2267 Abs. 1 und 2 Cc, wie man den Wunsch

²⁶⁴ Näher zuletzt Schäfer, DJT-Gutachten (Fn. 7) E 78 f.

²⁶⁵ Vgl. Philippe Merle, Sociétés commerciales¹⁸ (2015) Rn. 202 m. w. N.

²⁶⁶ Darauf hinweisend auch BGH 7.4.2003, BGHZ 154, 370, 374.

²⁶⁷ Ablehnend nach geltendem Recht Flume, Personengesellschaft (Fn. 161) § 16 IV 5, S. 336: „Eine ‚zivile Kommanditgesellschaft‘ oder ‚bürgerlichrechtliche Kommanditgesellschaft‘ gibt es nicht.“ Dies kritisierend Beuthien, NZG 2011, 481, 488: „[...] schwer einzusehen, warum Personenhandlungsgesellschafter ihre persönliche Haftung gesellschaftsvertraglich als Kommanditisten beschränken dürfen, es bürgerlichrechtlichen Gesellschaften dagegen verwehrt sein soll, mittels einer nach außen offen als solche auftretenden GbR mbH etwas Vergleichbares zu tun.“ Siehe auch ders., Warum eigentlich keine GbR mbH?, WM 2012, 1, 8.

von BGB-Gesellschaftern nach privatautonomen Haftungsbeschränkungen auf elegante Weise mit einem hohen Maß an Verkehrssicherheit verbinden kann. Eine notwendige Grundlage hierfür wäre allerdings die Einführung der Registerpublizität für die GbR.²⁶⁸

3. Geschäftsführung und Vertretung

a) Italien

Für die Geschäftsführung gelten in einfacher Gesellschaft und oHG grundsätzlich die gleichen Regeln. Vorbehaltlich einer anderen Abrede besteht gemäß Art. 2257 Abs. 1 Cc Einzelgeschäftsführung (*amministrazione disgiuntiva*).²⁶⁹ Mitgeschäftsführern steht vor Ausführung der Geschäftsführungsmaßnahme nach Art. 2257 Abs. 2 Cc ein Widerspruchsrecht (*diritto di opposizione*) zu. Inhaltlich erstreckt sich die Geschäftsführungsbefugnis auf alle vom Gesellschaftsgegenstand gedeckten Handlungen, unabhängig davon, ob es sich um gewöhnliche oder außergewöhnliche Geschäfte handelt.²⁷⁰ Alternativ können die Gesellschafter gemäß Art. 2258 Cc Gesamtgeschäftsführung (*amministrazione congiuntiva*) vereinbaren.²⁷¹ Für die Rechte und Pflichten eines Geschäftsführers verweist Art. 2260 Abs. 1 Cc auf das Auftragsrecht. Gemäß Art. 1710 Abs. 1 Cc muss er daher bei seiner Amtsführung die Sorgfalt eines guten Familienvaters walten lassen. Nach neuerer Lehre gilt für seine Dienste die Entgeltlichkeitsvermutung des Art. 1709 Cc;²⁷² die ältere Rechtsprechung hatte dies noch verneint.²⁷³ Seit Art. 2361 Abs. 2 Cc die Beteiligung einer Kapitalgesellschaft an einer Personengesellschaft zulässt, mehren sich die Stimmen, nach denen auch eine juristische Person Geschäftsführerin sein kann.²⁷⁴

Die Vertretungsmacht folgt gemäß Art. 2266 Abs. 2 und Art. 2298 Satz 1 Cc der Geschäftsführungsbefugnis. Sie schließt grundsätzlich alle Rechts-

²⁶⁸ Zur rechtspolitischen Diskussion zuletzt Schäfer, DJT-Gutachten (Fn. 7) E 61 ff. m. w. N.

²⁶⁹ Dazu etwa Campobasso, Diritto delle società (Fn. 13) 88; Santi, Società in genere (Fn. 36) 317 ff.

²⁷⁰ Vgl. Cass. 5.5.2004, n. 8538, Giust.civ.mass. 2004, 5; Cass. 26.8.1998, n. 8472, Giur.it. 1999, 322.

²⁷¹ Vgl. Campobasso, Diritto delle società (Fn. 13) 89; Santi, Società in genere (Fn. 36) 326 ff.

²⁷² In diesem Sinne etwa Campobasso, Diritto delle società (Fn. 13) 96; eingehend zum Meinungsstand Nicola Alessandro Cieri, in: Commentario breve al diritto delle società³, hrsg. von Alberto Maffei Alberti (2015) Art. 2260, Anm. I Rn. 5.

²⁷³ Vgl. Cass. 21.3.1955, n. 828, Dir.fall. 1955, II, 422; Cass. 7.6.1947, n. 873, Giur.it. 1948, I, 1, 115; App. Milano 17.1.2003, Giur.comm. 2004, II, 668.

²⁷⁴ Vgl. Maffei Alberti/Cieri (Fn. 272) Art. 2257 Cc m. w. N. zum Streitstand; monografisch Antonio Cetra, La persona giuridica amministratore (2013).

handlungen ein, die sich auf den Gegenstand der Gesellschaft beziehen.²⁷⁵ Beschränkungen, die sich aus Gründungsurkunde oder Vollmacht ergeben, lassen sich bei der oHG Dritten nach Art. 2298 Satz 2 Cc nicht entgegenhalten, wenn sie nicht im Handelsregister eingetragen sind oder nicht bewiesen wird, dass die Dritten von ihnen Kenntnis hatten. Gleiche Grundsätze gelten entgegen dem insoweit überholten Wortlaut des Art. 2266 Abs. 3 Cc für die einfache Gesellschaft, seit auch sie der Registerpublizität unterliegt.²⁷⁶

Viel diskutiert wird in Italien schließlich die Frage nach der Zulässigkeit der Drittorganschaft.²⁷⁷ Von vornherein ausgeschlossen ist sie nur für die KG, weil deren Geschäftsführung nach Art. 2318 Abs. 2 Cc allein Komplementären übertragen werden kann. Die Rechtsprechung hält am Verbot der Drittorganschaft auch für die oHG und die einfache Gesellschaft fest.²⁷⁸ Unterstützung erfährt sie von Teilen der Lehre, die auf einen strikten Gleichlauf von Herrschaft und Haftung pochen: Wer die Geschäfte der Gesellschaft leitet, soll auch für die Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich unbeschränkt haften.²⁷⁹ Eine vordringende Gegenmeinung sieht darin jedoch kein Hindernis für eine Drittorganschaft in der oHG, weil deren Gesellschafter den Gläubigern stets unbeschränkt haften.²⁸⁰ Unterstützend weist sie darauf hin, dass Fremdgeschäftsführer der Weisungsmacht der Gesellschafter unterliegen und von ihnen jederzeit frei abberufen werden können. Daher bleibe die (Ober-)Leitung des Unternehmens fest in ihren Händen und ein Fremdgeschäftsführer sei in der Sache eher ein Generalbevollmächtigter (*mandatorio generale*) oder Prokurist (*institore*).²⁸¹

²⁷⁵ Vgl. *Campobasso*, Diritto delle società (Fn. 13) 90.

²⁷⁶ Vgl. *Mario Campobasso*, La società semplice „irregolare“, Riv.dir.comm. 2005, I, 279; *Genghini/Simonetti*, Società di persone (Fn. 126) 168 ff.

²⁷⁷ Vgl. etwa die Problembeschreibung bei *Campobasso*, Diritto delle società (Fn. 13) 97: „È possibile che i soci affidino l'amministrazione della società (potere di gestione e potere di rappresentanza) ad un non socio?“

²⁷⁸ Vgl. Cass. 25.1.1968, n. 218, Giur.it. I, 1, 1202; Trib. Milano 22.12.1983, Società 1984, 790; Trib. Cagliari 11.11.2005, Riv.giur. sarda 2006, 383; abweichend aber Cass. 26.4.1996, n. 3887, Notariato 1997, 36.

²⁷⁹ Vgl. mit unterschiedlichen Nuancen *Giuseppe Giacomo Auletta*, Appunti di diritto commerciale (1946) 147; *Vincenzo Buonocore*, Fallimento e impresa (1969) 89 ff.; *Di Sabato*, Società in generale (Fn. 126) 163 ff.; *Francesco Galgano*, Le società in genere³ (2007) 233 ff., 245; *Ghini*, Società personali (Fn. 122) 418 ff.

²⁸⁰ Vgl. mit Abweichungen im Einzelnen *Campobasso*, Diritto delle società (Fn. 13) 98 f.; *Graziani*, Diritto delle società (Fn. 125) 157 ff.; *Pisani*, Società di persone (Fn. 13) 105 f.; *Paolo Spada*, La tipicità delle società (1974) 339 ff.; *Genghini/Simonetti*, Società di persone (Fn. 126) 174 ff.; *Federico Tassarini*, La rappresentanza nelle società di persone (1993) 143 ff.; *Ferri*, Delle società (Fn. 122) 162, 214 ff.

²⁸¹ Vgl. *Campobasso*, Diritto delle società (Fn. 13) 98.

b) Deutschland

Hierzulande gelten für die einzelnen Personengesellschaftsformen unterschiedliche Ausgangsregeln: Gesamtgeschäftsführung für die GbR (§ 709 I BGB) und Einzelgeschäftsführung für die oHG (§ 115 I Halbs. 1 HGB), dort gekoppelt mit einem Widerspruchsrecht eines jeden Mitgeschäftsführers (§ 115 I Halbs. 2 HGB). Die Geschäftsführung berechtigt bei der oHG gemäß § 116 I HGB zu allen Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb der Gesellschaft mit sich bringt. Zur Vornahme von Handlungen, die darüber hinausgehen, ist nach § 116 II HGB ein Beschluss sämtlicher Gesellschafter erforderlich. Im dispositiven Recht der GbR ist eine solche Differenzierung zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften dagegen nicht vorgesehen.²⁸² Sie kann aber im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden.

Für eine Verletzung der Geschäftsführungspflicht haften GbR- und oHG-Gesellschafter nach § 280 BGB auf Schadensersatz. Gemäß § 708 BGB müssen sie bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen allerdings nur für diejenige Sorgfalt einstehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Diese Vorschrift gilt über die Verweisungen in §§ 105 III, 161 II HGB gleichermaßen für oHG und KG. Ihr Sorgfaltsmaßstab prägt daher das gesamte Personengesellschaftsrecht, auch wenn er der Parteidisposition unterliegt.²⁸³ Geschäftsführende GbR- oder oHG-Gesellschafter erhalten für ihre Dienstleistung ohne besondere Abrede keine Vergütung, auch nicht nach § 354 HGB oder § 612 BGB.²⁸⁴ Entgolten wird ihre Arbeit daher im Zweifel nur durch ihre Gewinnbeteiligung.²⁸⁵ Die Anerkennung juristischer Personen als Geschäftsführer widerspricht an sich deutscher Regelungstradition im Gesellschaftsrecht, vgl. § 6 II Satz 1 GmbHG, 76 III Satz 1 AktG.²⁸⁶ Sie ist allerdings unvermeidlich, wenn eine juristische Person haftendes Mitglied einer Personengesellschaft wird.

Die rechtsformspezifischen Unterschiede hinsichtlich der Geschäftsführung setzen sich bei der Vertretung fort: Bei der GbR stimmen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht gemäß § 714 BGB im Zweifel nach Art und Umfang überein; bei der oHG gilt dagegen gemäß § 126 I HGB der Grundsatz der unbeschränkten und unbeschränkbareren Vertretungsmacht.

Rechtsprechung und herrschende Lehre halten im Personengesellschaftsrecht nach wie vor den Grundsatz der Selbstorganschaft hoch.²⁸⁷ Organ-schaftliche Geschäftsführer und Vertreter im Sinne der §§ 125 ff. HGB kön-

²⁸² Vgl. MüKo/Schäfer (Fn. 245) § 709 BGB Rn. 24 m. w. N.

²⁸³ Vgl. Holger Fleischer/Nadja Danninger, Der Sorgfaltsmaßstab in der Personengesellschaft (§ 708 BGB), NZG 2016, 481.

²⁸⁴ Vgl. für die GbR MüKo/Schäfer (Fn. 245) § 709 BGB Rn. 32; für die oHG Baumbach/Hopt/Roth (Fn. 225) § 110 HGB Rn. 19.

²⁸⁵ Vgl. BGH 10.6.1965 – II ZR 6/63, BGHZ 44, 40, 41.

²⁸⁶ Näher Wiedemann, Gesellschaftsrecht II (Fn. 157) § 4 II 2 b aa, S. 332.

²⁸⁷ Vgl. BGH 22.1.1962 – II ZR 11/61, BGHZ 36, 292, 294; BGH 29.1.2001, BGHZ 146,

nen danach nur Gesellschafter sein. Als zulässig angesehen wird es indes, dass die Gesellschafter einen Dritten durch Dienstvertrag mit entsprechenden Aufgaben als Geschäftsführer bestellen und ihm eine Generalvollmacht erteilen.²⁸⁸ Allmählich wächst in der Literatur allerdings der Widerstand gegen die Unverbrüchlichkeit dieses hergebrachten Prinzips.²⁸⁹

c) Würdigung

Die augenfälligen Unterschiede zwischen *società semplice* und GbR beruhen zum Teil auf der unterschiedlichen Konzeption der Zivilgesellschaft in beiden Ländern: Der historische BGB-Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung der Geschäftsführungs- und Vertretungsverhältnisse am Leitbild der Nichterwerbsgesellschaft bzw. Gelegenheitsgesellschaft Maß genommen.²⁹⁰ Hierzu passt der Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung mit seiner risikobegrenzenden Wirkung gerade für geschäftlich unerfahrene Gesellschafter und bei weniger intensiver Marktteilnahme; ferner das Fehlen einer schneidigen Verkehrsschutzregelung nach dem Vorbild des § 126 I HGB. Demgegenüber ist das Recht der *società semplice* für eine wirtschaftlich tätige Außen-gesellschaft konzipiert, für die Arbeitsteilung, Flexibilität und Schnelligkeit einen höheren Stellenwert haben.

Weitere Divergenzen lassen sich auf die unterschiedlichen personengesellschaftsrechtlichen Entwicklungspfade des romanischen und deutschen Rechtskreises zurückführen: So orientiert sich die allgemeine *culpa*-Haftung der Gesellschafter-Geschäftsführer an der vorherrschenden Auslegung des Art. 1850 *Code civil*.²⁹¹ Auch die in Italien zunehmend befürwortete Wahrnehmung der Geschäftsführung durch eine juristische Person findet in Art. 1847 *Code civil*, Art. L. 221-3 *Code de commerce* ein altehrwürdiges Regelungsvorbild.²⁹² Auf europäischer Ebene knüpft Art. 19(2) EWIV-VO hieran an und gestattet es einem Mitgliedstaat, dass eine juristische Person Geschäftsführer einer EWIV sein kann, sofern sie eine oder mehrere Personen als Vertreter bestimmt und diese Vertreter so haften, als ob sie selbst Geschäftsführer der EWIV wären.

Für eine zukünftige Reform des GbR-Rechts verdient die Möglichkeit der Gesellschafter einer *società semplice*, ihre Vertretungsmacht bei entspre-

341, 360; MüKo/Schäfer (Fn. 245) § 709 BGB Rn. 5; Baumbach/Hopt/Roth (Fn. 225) § 114 HGB Rn. 24 und § 125 HGB Rn. 5; alle m. w. N.

²⁸⁸ Vgl. Baumbach/Hopt/Roth (Fn. 225) § 114 HGB Rn. 24.

²⁸⁹ Vgl. etwa Barbara Grunewald, Gesellschaftsrecht⁹ (2014) 1.A. Rn. 41 ff.; Georg Heide-mann, Der zwingende und dispositive Charakter des Prinzips der Selbstorganschaft bei Personengesellschaften (1999).

²⁹⁰ Dazu Fleischer/Heinrich/Pendl, NZG 2016, 1001, 1008 m. w. N.

²⁹¹ Näher Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481, 482 m. w. N.

²⁹² Eingehend und rechtsvergleichend bereits Holger Fleischer, Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischen Gesellschaftsrecht, RIW 2004, 16 m. w. N.

chender Verlautbarung im Register einzuschränken, nähere Prüfung.²⁹³ Im oHG-Recht hat man dagegen hierzulande mit der unbeschränkten und unbeschränkbareren Vertretungsmacht seit den Zeiten des ADHGB gute Erfahrungen gemacht.²⁹⁴

In beiden Ländern lohnt es sich schließlich zu untersuchen, ob der Grundsatz der Selbstorganschaft nach wie vor zu den unabdingbaren Strukturmerkmalen des Personengesellschaftsrechts gehört. Hierzulande wird er bei der GmbH & Co. KG nur noch formal befolgt, wenn ein (Fremd-)Geschäftsführer der Komplementär-GmbH die Unternehmensleitung übernimmt;²⁹⁵ in Italien hat die *Rovelli-Kommission* im Jahre 1999 vorgeschlagen, ihn zu einer abdingbaren Auffangregelung herabzustufen.²⁹⁶

V. Schluss

Über das *ius commune* liest man, es habe trotz grundlegender Gemeinsamkeiten Raum für lokale Unterschiede gelassen.²⁹⁷ Diese Unterschiede bildeten das *ius proprium* der jeweiligen Rechtsordnung.²⁹⁸ Ähnliches lässt sich als Fazit des deutsch-italienischen Vergleichs im Personengesellschaftsrecht festhalten – und zwar nicht nur für Rechtsregeln, die auf die römische *societas* zurückgehen,²⁹⁹ sondern auch für das Regime der oHG und KG mit

²⁹³ Dies vorschlagend etwa Erik Röder, Reformüberlegungen zum Recht der GbR, AcP 215 (2015) 450, 509; zuvor schon Wiedemann, Gesellschaftsrecht II (Fn. 157) § 7 III 1, S. 645; ferner Fleischer/Heinrich/Pendl, NZG 2016, 1001, 1008 mit der alternativen Erwägung, § 126 HGB nur auf die unternehmenstragende GbR zu erstrecken.

²⁹⁴ Dazu etwa Holger Fleischer, Zur unbeschränkten und unbeschränkbareren Vertretungsmacht der Geschäftsleiter im Europäischen Gesellschaftsrecht und ihren nationalen Beschränkungen, in: FS Ulrich Huber (2006) 720.

²⁹⁵ Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht II (Fn. 157) § 4 II 2 b bb, S. 335.

²⁹⁶ Vgl. Rovelli-Kommission, Società 2000, 1378, 1391 und 1394 mit dem konkreten Regelungsvorschlag eines Art. 2272 Abs. 1-E: „Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società spetta ai soci.“

²⁹⁷ Vgl. Richard Helmholz, The *ius commune* in England – Four Studies (2001) 240.

²⁹⁸ Dazu Richard Helmholz, Canon and Roman Law, in: The Cambridge Companion to Roman Law, hrsg. von David Johnston (2015) 396, 401, 412: „Such differences did not undermine the effectiveness of the *ius commune*. They simply allowed for local variation within it. The *ius commune* itself made room for them by recognizing custom as a legitimate source of law. Such variations constituted the *ius proprium*. It meant the law proper to each particular location.“

²⁹⁹ Vgl. dazu am Beispiel der Binnenhaftung eines Personengesellschafters für schuldhaft herbeigeführte Schäden bereits Susanne Kals/Franz-Stefan Meissel, Der europäische Gedanke im Gesellschaftsrecht, in: Zur Geschichte des Gesellschaftsrechts in Europa, hrsg. von dens. (2003) 1, 10: „In Summe heißt das, dass es durchaus europäische *features* einer Gesellschafterhaftung gibt, dass diese aber nicht von vornherein auf das eine oder andere Modell reduzierbar sind, sondern möglicherweise gerade in deren flexibler Kombination bestehen.“ Vertiefend zuletzt Fleischer/Damninger, NZG 2016, 481.

seinen spätmittelalterlichen Wurzeln, namentlich bei der Ausgestaltung der Haftungsverfassung.

In beiden Ländern ist der Verselbständigungsprozess der Personen-(außen-)gesellschaften inzwischen weitgehend abgeschlossen. Er ging bei der *società semplice* durch einen engeren Gesellschaftsbegriff und die helfende Hand des Gesetzgebers schneller vonstatten als bei der GbR mit ihrem dunklen Gesamthandsprinzip. Im praktischen Ergebnis steht die Personengesellschaft der juristischen Person heute nahezu ebenbürtig gegenüber. Verbliebene Differenzen sind, wie Cesare Vivante schon im Jahre 1922 bemerkt hatte, nur gradueller und nicht substanzieller Natur.³⁰⁰ Ob die aktuelle gesellschaftsrechtliche Wandtafelssystematik, nach der die Personengesellschaft ein *tertium genus* zwischen juristischer und natürlicher Person bildet, dauerhaft Bestand hat oder ob diese dogmatisch in einem erweiterten Begriff der juristischen Person aufgeht, wird die Zukunft zeigen.

Summary

CIVIL AND COMMERCIAL PARTNERSHIPS IN ITALY AND GERMANY – FOUNDATIONS, DEVELOPMENTS, DISTINCTIVE FEATURES

This paper explores the trajectories of partnership law in Italy and Germany, firstly tracing its origins back to both the classical *societas* in Roman law and the late medieval *commenda* and *compagnia* in Northern Italy. It moves on to analyse the key characteristics of partnerships on both sides of the Alps, beginning with their legal nature and the organisation of partnership property either as joint property or as a community of collected hands (*Gesamthand*). Further topics include the liability of partners *vis-à-vis* third parties and the principles of management and the legal representation of partnerships in both jurisdictions.

³⁰⁰ Vgl. Fn. 117.

