

ANDREAS DIECKMANN

# Gesamthand und juristische Person

*Jus Privatum*

239

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 239





Andreas Dieckmann

# Gesamthand und juristische Person

Mohr Siebeck

*Andreas Dieckmann*, geboren 1977; Studium der Rechtswissenschaft in Hannover; 2007 Promotion; wissenschaftlicher Mitarbeiter und Akademischer Rat a. Z. an der Leibniz Universität Hannover; seit 2017 Lehrstuhlvertretungen an den Universitäten Hannover und Lüneburg; 2019 Habilitation; derzeit Lehrstuhlvertreter an der Universität Bremen.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

ISBN 978-3-16-157652-2 / eISBN 978-3-16-157653-9

DOI 10.1628/978-3-16-157653-9

ISSN 9610-0940 / eISSN 8472-2568 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover im Wintersemester 2018/2019 als Habilitationsschrift angenommen. Das Manuskript wurde im April 2018 abgeschlossen; für die Veröffentlichung sind Rechtsprechung und Schrifttum bis einschließlich Februar 2019 einbezogen.

Das Werk ist das Produkt mehrjähriger intensiver Beschäftigung mit den Rechtsfiguren der Gesamthand und der juristischen Person, einem Thema, mit dem ich zwar durchaus gerungen, unter dem ich aber niemals gelitten habe (Reuter). Die wissenschaftliche Neugier und der Antrieb, das Rätsel um das „noch immer unbekannte Wesen“ der Gesamthand (Ulmer) und der juristischen Person zu lösen, hat stets die Mühen überwogen. Methodisch bewegt sich die Arbeit auf dem Boden der Rechtsdogmatik und begibt sich deshalb niemals auf die Suche nach *dem* einen abstrakten Wesen von Gesamthand und juristischer Person. Stets geht es ausschließlich um Gesamthand und juristische Person in der konkreten Gestalt, die sie im geltenden Recht heutzutage gefunden haben. Die Analyse des positiven Rechts erfolgt daher mit den Mitteln der juristischen Methodenlehre. Da aber Wortlaut, Systematik und Telos nicht in der Lage sind, auf die Frage nach der gegenwärtigen Rechtsnatur von Gesamthand und juristischer Person eine Antwort zu geben, erweist sich als Teil der historischen Auslegung erst eine dogmengeschichtliche Betrachtung als fruchtbar. Allein aus diesem Grund führt die Untersuchung zurück in das 19. Jahrhundert am Vorabend des BGB und deshalb zu Otto von Gierkes deutsch-rechtlicher Gesamthandslehre und zu Friedrich Carl von Savignys juristischer Person.

Die Thesen in diesem Werk rufen sicherlich zu Widerspruch auf, vor allem deswegen, da sie das Verständnis, das Schrifttum und Rechtsprechung momentan von den Rechtsfiguren der Gesamthand und der juristischen Person haben, zumindest infrage stellt. Es steht daher nicht nur jedem frei, die in dieser Arbeit gewonnenen Erkenntnisse kritisch zu hinterfragen, vielmehr sind alle dazu ausdrücklich aufgerufen. Dem Postulat moderner Wissenschaft folgend, gilt auch für die Rechtswissenschaft, dass eine Theorie niemals verifiziert, sondern nur falsifiziert werden kann, und dementsprechend auch für die hier entwickelten Modelle zu Gesamthand und juristischer Person im geltenden Recht.

Meiner akademischen Lehrerin, Frau Prof. Dr. Petra Buck-Heeb, gilt mein herzlicher Dank. Sie hat mein Habilitationsverfahren unermüdlich und mit

größtem Einsatz begleitet und wesentlich zu dessen Erfolg beigetragen. Danken möchte ich ihr zudem für den Rat und die vielfältige wissenschaftliche Förderung, die ich während meiner Zeit als ihr Schüler und Mitarbeiter an ihrem Lehrstuhl erfahren durfte. Sie hat mir dabei den wissenschaftlichen Freiraum gewährt, ohne den diese Abhandlung als mein eigenständiges Werk nicht entstanden wäre. Daneben hat sie mir den Blick dafür geschärft, dass wahre Rechtsdogmatik stets anwendungsbezogen sein muss und sich deshalb auch in ihrer praktischen Relevanz zu bewähren hat. Zu Dank verpflichtet bin ich Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Bernd Oppermann, Prof. h. c. (UMCS) LL.M. (UCLA), der trotz seiner umfangreichen Verpflichtungen als Dekan der Juristischen Fakultät die Last des Zweitgutachtens in meinem Habilitationsverfahren auf sich genommen hat. Herrn Prof. Dr. Stephan Meder danke ich für die zahlreichen Gespräche, die ich mit ihm zum Thema von Gesamthand und juristischer Person führen durfte, und die daraus gewonnenen Denkanstöße, auf denen wegweisende Erkenntnisse in meiner dogmengeschichtlichen Betrachtung beider Rechtsfiguren beruhen.

Für stets kritische und zum Teil sogar herausfordernde Gespräche nicht nur zum Thema von Gesamthand und juristischer Person, sondern allgemein zu Fragen der Rechtswissenschaft danke ich meinem Kollegen Dr. Christoph Sorge. Durch die offenen Diskussionen zeigte sich immer wieder, dass der Widerspruch für das eigene wissenschaftliche Denken fruchtbarer ist als die bloße Zustimmung. Auch oder gerade die Rechtswissenschaft lebt von einer solchen kritischen, aber zugleich stets fairen Streitkultur, die in der Sache hart miteinander ringt, den anderen jedoch als Diskussionspartner gelten lässt. Mein Dank gilt zudem Ina Krückeberg für das gewissenhafte und geduldige Korrekturlesen. Danken möchte ich ferner dem Verlag Mohr Siebeck für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Jus Privatum“, und hier besonders Frau Dr. Julia Caroline Scherpe-Blessing, LL.M. (Cantab) und Frau Daniela Zeiler für die stets freundliche und fachkundige Betreuung, sowie der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die großzügige Übernahme der Druckkosten und die damit einhergehende Auszeichnung meiner Habilitationsschrift.

Mehr als Dank schulde ich denen, die mich nicht nur auf dem Weg zur Habilitation unterstützt, sondern die mich überdies auf meinem Lebensweg stets mit Verständnis, Geduld und vor allem mit Wertschätzung und Liebe begleitet haben, aber auch denen, die in dieser Weise erstmals ein unverzichtbarer Teil meines Lebens geworden sind. Ihnen allen ist dieses Buch von ganzem Herzen gewidmet, in besonderer Weise den beiden liebevollen Menschen, die die Vollendung der vorliegenden Arbeit leider nicht mehr miterleben konnten, meinem Bruder, Marcus Dieckmann, und meiner Mutter, Hedwig Maria Dieckmann, geb. Schulte.

# Inhaltsübersicht

<i>Problemaufriss</i> .....	1
Einführung .....	5
§1 <i>Konzeption</i> .....	7
A. Zielsetzung .....	7
B. Dogmengeschichtlicher Ansatz .....	8
C. Herangehensweise .....	13
D. Zusammenfassende Thesen .....	30
§2 <i>Relevanz</i> .....	39
A. Die Kompatibilität von Gierkes Theorie einer deutschen Gesamthand mit dem positiven Recht .....	39
B. Die Abbildfunktion eines „guten“ Gesamthandsmodells .....	44
C. Die Bedeutung des stoischen Immanenzgedankens im Rechtsdenken Gierkes .....	68
D. Die Figur der Gesamthand als einheitliches Rechtsprinzip .....	81
E. Der praktische Nutzen eines neuen Gesamthandsmodells für das Recht .....	91
F. Zur Bedeutung des europäischen Gesellschaftsrechts für die Gesamthandsfigur .....	104
G. Fazit .....	106
§3 <i>Gang der Untersuchung</i> .....	109
Teil 1: Eine dogmengeschichtliche Betrachtung .....	115
§4 <i>Gesamthand und Verbandsperson</i> .....	117
A. Eine Hinführung .....	117
B. Die h. M. und ihre Fehldeutung der Gesamthand als reale Verbandsperson .....	120
C. Der gemeinsame Ursprung von Körperschaft und Gesamthand im deutschen Recht (Gierke) .....	127
D. Die Gesamthand des deutschen Rechts (Gierke) .....	139

E. Resümee.....	174
§ 5 <i>Verbandsperson und juristische Person</i> .....	183
A. Eine Hinführung .....	183
B. Der einzelne Mensch und seine Person im Recht. ....	190
C. Der menschliche Verband und seine Verbandsperson bei Gierke (Teil 1)	200
D. Der menschliche Verband und seine juristische Person bei Savigny. ....	206
E. Der menschliche Verband und seine Verbandsperson bei Gierke (Teil 2)	222
F. Resümee.....	232
§ 6 <i>Erste Zwischenbilanz</i> .....	237
A. Der dogmengeschichtliche Ansatz: Gierke und seine Gesamthand .....	237
B. Das dogmengeschichtliche Umfeld der Gesamthandsfigur im BGB .....	239
C. Ausblick auf das weitere Vorgehen.....	247
Teil 2: Die Gesamthand im BGB .....	249
§ 7 <i>Die Genese der Gesellschaft im BGB</i> .....	251
A. Die Gesetzgebungsgeschichte.....	251
B. Die Unterscheidung zwischen Außen- und Innengesellschaft .....	262
C. Resümee.....	270
§ 8 <i>Die Rechtsfähigkeit</i> .....	275
A. Eine Hinführung .....	275
B. Die Gesamthand als modifizierte <i>societas</i> (individualistische Gesamthandslehre).....	279
C. Die Gesamthand als Vermögensgemeinschaft (kollektive Gesamthandslehre).....	305
D. Die Gesamthand als Personengemeinschaft .....	327
E. Resümee.....	352
§ 9 <i>Die Handlungsfähigkeit</i> .....	357
A. Eine Hinführung .....	357
B. Die unterschiedliche Handlungsfähigkeit von Gesamthand und Körperschaft .....	359
C. Organschaft und Identitätsrepräsentation .....	386
D. Resümee.....	406
§ 10 <i>Das Innenverhältnis</i> .....	409
A. Der Gesellschaftsvertrag als Grundlage für das Innenverhältnis .....	410
B. Verwaltungsrechte und -pflichten .....	413
C. Vermögensrechte und -pflichten.....	415

D.	Rechte und Pflichten des Gesellschafters aus Drittgeschäften mit der Gesellschaft .....	439
E.	Resümee .....	442
§ 11 <i>Zweite Zwischenbilanz</i> .....		447
A.	Die „kollektive Rechtsfähigkeit“ der Gesamthand oder von der modifizierten <i>societas</i> zur rechtsfähigen Gesamthand .....	447
B.	Die „kollektive Handlungsfähigkeit“ der Gesamthand und worin sich Gesamthand, reale Verbandsperson und juristische Person dabei voneinander unterscheiden .....	451
C.	Die Gesamthand als das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander .....	454
D.	Zusammenführung der Ergebnisse .....	457
E.	Gesamthand und juristische Person als doppelter Gegenstand dieser Arbeit .....	461
Teil 3: Gesamthand und juristische Person .....		463
§ 12 <i>Die juristische Person im BGB</i> .....		465
A.	Eine Hinführung .....	465
B.	Das Substrat der juristischen Person im BGB .....	467
C.	Resümee .....	476
§ 13 <i>Die Vorgesellschaft</i> .....		479
A.	Eine Hinführung .....	479
B.	Der eigene Standpunkt: Die Vorgesellschaft als Gesamthand .....	486
C.	Die Vorgründungsgesellschaft .....	529
D.	Die Einpersonengründung .....	535
E.	Die werdende Stiftung .....	550
F.	Resümee .....	557
§ 14 <i>Der nichtrechtsfähige Verein</i> .....		565
A.	Die Grundfrage: Wie kann der „nicht rechtsfähige Verein“ ein Rechtssubjekt sein? .....	566
B.	Der nichtrechtsfähige Wirtschaftsverein .....	575
C.	Der nichtrechtsfähige Idealverein .....	588
D.	Resümee .....	609
§ 15 <i>Dritte Zwischenbilanz</i> .....		611
<i>Schlussbetrachtung</i> .....		617

A.	Der Ansatz dieser Arbeit oder die Notwendigkeit, die Gesamthandsfigur des BGB dogmengeschichtlich zu betrachten. . . . .	617
B.	Die Dogmengeschichte der Gesamthandsfigur des BGB. . . . .	619
C.	Die Gesamthand im BGB . . . . .	626
D.	Der unverzichtbare Dualismus von Gesamthand und juristischer Person. . . . .	631
	<i>Quellen- und Literaturverzeichnis. . . . .</i>	<i>635</i>
	<i>Personen- und Sachverzeichnis . . . . .</i>	<i>661</i>

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
<i>Problemaufriss</i> .....	1
Einführung .....	5
§1 <i>Konzeption</i> .....	7
A. Zielsetzung .....	7
B. Dogmengeschichtlicher Ansatz .....	8
C. Herangehensweise .....	13
I. Der Schlüssel zum Verständnis von Gierkes Gesamthandsfigur. . .	13
II. Der Grundirrtum der Gruppenlehre oder wo Flume Gierke missversteht .....	17
III. Die Schwierigkeit in der Auseinandersetzung mit der Gruppenlehre .....	21
IV. Die Wiederkehr des Streits um die Rechtsnatur der juristischen Person .....	22
V. Gesamthand und juristische Person als doppelter Gegenstand dieser Arbeit .....	26
D. Zusammenfassende Thesen .....	30
§2 <i>Relevanz</i> .....	39
A. Die Kompatibilität von Gierkes Theorie einer deutschen Gesamthand mit dem positiven Recht .....	39
I. Der entscheidende Ansatz der h. M. als Gruppenlehre: Die OHG ist als eine Gesamthandsgesellschaft „jedenfalls“ ein Rechtssubjekt. ....	39
II. Die Rechtsfähigkeit der Gesamthand im Umwandlungs- und Insolvenzrecht .....	42
III. Ergebnis .....	43
B. Die Abbildfunktion eines „guten“ Gesamthandsmodells .....	44
I. Der Fortbestand der mit der Gesamthand bestehenden Rechtsverhältnisse trotz Gesellschafterwechsels im Modell von der Gesamthand als Gruppe .....	45

1.	Das Defizit im Gesamthandsmodell der h. M. ....	45
2.	Gierkes Rechtsfigur der Verbandsperson als Lösungsansatz für die h. M. ....	46
3.	Der menschliche Verband als Substrat der Verbandsperson und als <i>corpus ex distantibus</i> in der „stoischen Philosophie“ (Gierke) ....	47
4.	Die Identität des menschlichen Verbands als stoischer <i>corpus ex distantibus</i> im Wechsel seiner Teile ....	50
5.	Schlussfolgerung ....	54
II.	Der Fortbestand der mit der Gesamthand bestehenden Rechtsverhältnisse trotz Gesellschafterwechsels im Modell der deutschen Gesamthand ....	55
III.	Die Gesellschafterhaftung im Modell von der Gesamthand als Gruppe ....	59
IV.	Die Gesellschafterhaftung im Modell der deutschen Gesamthand ....	64
V.	Ergebnis ....	67
C.	Die Bedeutung des stoischen Immanenzgedankens im Rechtsdenken Gierkes ....	68
I.	Der menschliche Verband im römischen und im deutschen Recht .	68
II.	Pufendorfs Lehre von den <i>entia moralia</i> . ....	73
III.	Rousseaus Konzeption einer <i>volonté générale</i> ....	74
IV.	Ergebnis ....	81
D.	Die Figur der Gesamthand als einheitliches Rechtsprinzip ....	81
I.	Die Gesamthand im BGB ....	81
1.	Die BGB-Gesellschaft als „Urfigur“ der Gesamthand ....	81
2.	Die eheliche Gütergemeinschaft ....	82
3.	Die Erbengemeinschaft ....	83
II.	Die Gesamthand außerhalb des BGB ....	84
1.	Die Handelsgesellschaften ....	84
2.	Die Partnerschaftsgesellschaft ....	84
3.	Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung ....	85
4.	Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ....	85
5.	Die Miturhebergemeinschaft ....	88
E.	Der praktische Nutzen eines neuen Gesamthandsmodells für das Recht	91
I.	Der Nutzen dieser Arbeit <i>de lege lata</i> für die Rechtsanwendung .	91
1.	Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Verbraucher. ....	91
2.	Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Vermieter. ....	95
3.	Die fehlende Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. ....	96
II.	Aktualität und Nutzen dieser Arbeit <i>de lege ferenda</i> : der 71. Deutsche Juristentag ....	101
III.	Ergebnis ....	102
F.	Zur Bedeutung des europäischen Gesellschaftsrechts für die Gesamthandsfigur ....	104

G. Fazit .....	106
§3 Gang der Untersuchung .....	109
Teil 1: Eine dogmengeschichtliche Betrachtung .....	115
§4 Gesamthand und Verbandsperson. ....	117
A. Eine Hinführung .....	117
B. Die h. M. und ihre Fehldeutung der Gesamthand als reale Verbandsperson. ....	120
I. Die Fehldeutung der realen Verbandsperson als juristische Person	120
II. Die reale Verbandsperson des deutschen Rechts (Gierke). ....	122
1. Die reale Verbandsperson als Körperschaft .....	122
2. Die reale Verbandsperson als Anstalt .....	123
III. Die daraus resultierende Fehldeutung der Gesamthand als reale Verbandsperson. ....	126
C. Der gemeinsame Ursprung von Körperschaft und Gesamthand im deutschen Recht (Gierke). ....	127
I. Der alte Genossenschaftsbegriff. ....	127
II. Der Unterschied der alten Genossenschaft zu Gesamthand und Körperschaft .....	131
III. Der neue Genossenschaftsbegriff. ....	133
1. Die deutsch-rechtliche Körperschaft als Genossenschaft .....	133
2. Der Unterschied zwischen Körperschaft und Gesamthand im deutschen Recht .....	136
IV. Die „reale Verbandspersönlichkeit“ (Gierke) .....	136
1. Der Begriff der „Persönlichkeit“ .....	137
2. Die Begriffe der „Person“ und des „Rechts der Persönlichkeit“	138
D. Die Gesamthand des deutschen Rechts (Gierke) .....	139
I. Die Personengemeinschaft als <i>subjektive</i> Seite der Gesamthand. . .	140
1. Pufendorf und seine Lehre von den <i>entia moralia</i> – der Schlüssel zum Verständnis von Gierkes Gesamthandsbegriff. . .	140
2. Pufendorf und seine Lehre von den <i>entia moralia</i> – Grundlagen. ....	142
3. Pufendorfs <i>persona moralis composita</i> und Gierkes Gesamtperson. ....	147
a) Die <i>persona moralis composita</i> . ....	
– für Gierke eine Gesamthand .....	147
b) Der menschliche Verband als Gesamtperson (Gierke). ....	148
c) Die Doppelnatur des Menschen als Einzelner und als Teil einer Gemeinschaft. ....	150
4. Der gemeinsame <i>status</i> als das „Wesen“ der deutschen Gesamthand .....	151

a)	Der gemeinsame <i>status</i> und wie er entsteht. . . . .	151
b)	Der gemeinsame <i>status</i> als Zuordnungsmittler der kollektiven Rechtsbeziehungen . . . . .	154
c)	Der gemeinsame <i>status</i> bleibt auch bei veränderter Trägerschaft derselbe . . . . .	154
d)	Das Gemeinschaftsverhältnis als Grundlage des gemeinsamen <i>status</i> . . . . .	156
II.	Die Vermögensgemeinschaft als <i>objektive</i> Seite der Gesamthand. .	157
1.	Das Rechtssubjekt in der Eigenschaft als Träger seines Vermögens. . . . .	157
2.	Das <i>eine</i> Vermögen als Ursache für die Kontinuität der Rechtsverhältnisse . . . . .	159
III.	Der gemeinsame Name als sichtbares Zeichen für die Einheit der Gesamthand . . . . .	160
1.	Die subjektive Seite . . . . .	160
2.	Die objektive Seite . . . . .	161
IV.	Die persönliche Haftung der Gesamthänder . . . . .	164
1.	Die persönliche Haftung – Ausdruck der Personengemeinschaft. . . . .	164
2.	Die persönliche Haftung – auch Ausdruck der Vermögensgemeinschaft . . . . .	167
a)	Die Handelsgesellschaft. . . . .	168
b)	Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts . . . . .	169
c)	Der Unterschied zwischen Handelsgesellschaft und BGB-Gesellschaft. . . . .	170
3.	Bei Gierke lebt der alte Genossenschaftsgedanke zwar zunächst noch fort . . . . .	172
4.	Dennoch ist der alte Genossenschaftsgedanke im heute geltenden Recht schließlich doch abgestorben. . . . .	173
E.	Resümee. . . . .	174
§ 5	<i>Verbandsperson und juristische Person</i> . . . . .	183
A.	Eine Hinführung . . . . .	183
B.	Der einzelne Mensch und seine Person im Recht. . . . .	190
I.	Wirklichkeit und Recht als zwei voneinander zu unterscheidende Welten . . . . .	190
II.	Die Person als artifizieller juristischer Begriff . . . . .	192
III.	Die „natürliche Person“ im BGB . . . . .	194
1.	Die „natürliche Person“ vor der Geburt ihres Menschen. . . . .	194
2.	Die „natürliche Person“ nach dem Tod ihres Menschen . . . . .	196
IV.	Der einzelne Mensch und seine Person bei Savigny und Gierke . .	197
1.	Die „natürliche Person“ bei Savigny . . . . .	197
2.	Die „Einzelperson“ bei Gierke. . . . .	198
3.	Zwischenergebnis. . . . .	200

C.	Der menschliche Verband und seine Verbandsperson bei Gierke (Teil 1)	200
I.	Pufendorf und seine Lehre von den <i>entia moralia</i> . . . . .	200
II.	Daher: Die Verbandsperson ist bei Gierke eine „wirkliche Person“	202
D.	Der menschliche Verband und seine juristische Person bei Savigny . . . . .	206
I.	Der menschliche Verband im Verständnis Savignys . . . . .	206
1.	Eine bloß „gedankliche Einheit“ ( <i>universitas</i> ) . . . . .	206
2.	Eine „soziale Realität“ . . . . .	208
II.	Vom menschlichen Verband zur juristischen Person . . . . .	209
1.	Die Aufgabe: ein gemeinsames Vermögen für den menschlichen Verband . . . . .	209
2.	Die Lösung: die juristische Person als eine „fingierte Person“ . .	210
3.	Die juristische Person als gedankliche Schöpfung des Rechts (Savigny) . . . . .	211
4.	Die Anerkennung des menschlichen Verbands als Verbandsperson (Gierke) . . . . .	214
III.	Die juristische Person als ein „ideales Wesen“ (Savigny) . . . . .	215
IV.	Das Trennungsprinzip bei der juristischen Person (Savigny) . . . . .	217
V.	Die künstliche Handlungsfähigkeit der juristischen Person . . . . .	219
1.	Das Problem: ohne eigenen Willen keine Handlungsfähigkeit . .	219
2.	Die Lösung: die künstliche Zurechnung eines fremden Willens	220
3.	Die fehlende Deliktsfähigkeit der juristischen Person . . . . .	221
E.	Der menschliche Verband und seine Verbandsperson bei Gierke (Teil 2)	222
I.	Das Wesen der Verbandsperson als eine „zusammengesetzte Person“ . . . . .	222
1.	Menschlicher Verband und Verbandsperson als Einheit in der Vielheit . . . . .	222
2.	Die Identität des menschlichen Verbands und seiner Verbandsperson (Gierke) im Wechsel ihrer Teile . . . . .	224
3.	Zwischenergebnis . . . . .	225
II.	Die natürliche Handlungsfähigkeit der Verbandsperson . . . . .	225
1.	Der menschliche Verband als Träger eines eigenen „Gemeinwillens“ . . . . .	225
2.	Die Gesamtwirkung der einzelnen Menschen als ein menschlicher Verband . . . . .	227
3.	Das Eigenhandeln des menschlichen Verbands ( <i>agere per se</i> ) . . .	228
4.	Die Verfassung als das, was den menschlichen Verband zusammenhält . . . . .	229
III.	Das Differenzprinzip bei Gierke im Unterschied zum Trennungsprinzip bei Savigny . . . . .	230
IV.	Zwischenfazit . . . . .	230
F.	Resümee . . . . .	232

§ 6	<i>Erste Zwischenbilanz</i> . . . . .	237
A.	Der dogmengeschichtliche Ansatz: Gierke und seine Gesamthand . . . . .	237
B.	Das dogmengeschichtliche Umfeld der Gesamthandsfigur im BGB . . . . .	239
	I. Die juristische Person (Savigny) . . . . .	239
	II. Die reale Verbandsperson (Gierke) . . . . .	240
	III. Die Gesamthand (Gierke) . . . . .	242
C.	Ausblick auf das weitere Vorgehen . . . . .	247
Teil 2: Die Gesamthand im BGB . . . . .		249
§ 7	<i>Die Genese der Gesellschaft im BGB</i> . . . . .	251
A.	Die Gesetzgebungsgeschichte . . . . .	251
	I. Die „Gesellschaft“ im ersten Entwurf zum BGB – eine <i>societas</i> . . . . .	251
	II. Die Ansicht Gierkes zur <i>societas</i> als Schuldvertrag und worin sie sich von der Gesamthand unterscheidet . . . . .	254
	III. Die „Gesellschaft“ im zweiten Entwurf zum BGB . . . . .	
	– eine modifizierte <i>societas</i> . . . . .	256
	IV. Bewertung: Die „Gesellschaft“ als Vermögens- und Schuldengemeinschaft . . . . .	258
B.	Die Unterscheidung zwischen Außen- und Innengesellschaft . . . . .	262
	I. Das Nebeneinander von <i>societas</i> und „deutscher Gesellschaft“ selbst im BGB von heute . . . . .	262
	II. Die Ansicht der h. M. und die Kritik daran . . . . .	265
	1. Das fehlende Auftreten der „Gesellschaft“ selbst nach außen . . . . .	265
	2. Das fehlende Gesamthandsvermögen . . . . .	267
	III. Bewertung . . . . .	269
C.	Resümee . . . . .	270
§ 8	<i>Die Rechtsfähigkeit</i> . . . . .	275
A.	Eine Hinführung . . . . .	275
	I. Die individualistische Gesamthandslehre . . . . .	275
	II. Die kollektive Gesamthandslehre . . . . .	277
	III. Die Gruppenlehre und h. M. . . . .	277
	IV. Die Theorie der deutschen Gesamthand . . . . .	278
B.	Die Gesamthand als modifizierte <i>societas</i> (individualistische Gesamthandslehre) . . . . .	279
	I. Die römische <i>societas</i> . . . . .	279
	II. Die römische <i>communio</i> . . . . .	280
	III. Die „Gemeinschaft des BGB“ . . . . .	282
	IV. Die gesamthänderische Bindung der Gesellschafter (§ 719 BGB) oder das „Gesellschaftsvermögen“ als ein <i>dominium plurium in solidum</i> . . . . .	284

V.	Der Standpunkt des historischen Gesetzgebers . . . . .	286
VI.	Das Vermögen der „deutschen Gesamthand“ oder <i>ein</i> Vermögen, das <i>mehreren</i> Rechtssubjekten in Gemeinschaft gehört	288
VII.	Das Anwachsungsprinzip . . . . .	293
	1. Die traditionelle Ansicht. . . . .	293
	2. Die h. M. (Gruppenlehre) . . . . .	293
	3. Die Theorie der deutschen Gesamthand . . . . .	295
	4. Die KG und die persönliche Haftung des Kommanditisten als einziger noch verbliebener „Gesellschafter“ . . . . .	297
	a) Die h. M. (Gruppenlehre). . . . .	297
	b) Die Theorie der deutschen Gesamthand . . . . .	298
	c) Die traditionelle Ansicht . . . . .	299
VIII.	Bereits auf dem Weg zu einer kollektiven Gesamthandslehre . . . . .	300
	1. Die „Gesellschaft“ als Vielheit oder die Gesellschafter als Rechtsträger der gemeinschaftlichen Rechte und Pflichten. . . . .	300
	2. Die „Gesellschaft“ als Einheit oder die Gesamthand als bloßes Sondervermögen . . . . .	301
C.	Die Gesamthand als Vermögensgemeinschaft (kollektive Gesamthandslehre). . . . .	305
I.	Die Schuld als Teil des Vermögens oder von der Gesamthand als einem Sondervermögen zur Gesamthand als einer Vermögensgemeinschaft . . . . .	305
II.	Schuld und Haftung. . . . .	305
	1. Von der Schuld zur Haftung . . . . .	305
	2. Das Vermögen als Bezugspunkt der Schulden. . . . .	306
	3. Die subjektiv dinglichen Rechte . . . . .	307
	4. Fortbestand der mit der „Gesellschaft“ bestehenden Rechtsverhältnisse trotz Gesellschafterwechsels . . . . .	308
III.	Die persönliche Haftung der Gesellschafter. . . . .	310
	1. Die Theorie der rechtsgeschäftlichen Doppelverpflichtung . . . . .	310
	2. Der allgemeine Grundsatz des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts: Der Schuldner haftet stets mit seinem <i>gesamten</i> Vermögen. . . . .	311
	a) Die Ansicht des BGH vor und nach Anerkennung der BGB-Gesellschaft als rechtsfähig. . . . .	311
	b) Die h. M. (Gruppenlehre). . . . .	315
	c) Die kollektive Gesamthandslehre. . . . .	316
	3. Die akzessorische Gesellschafterhaftung. . . . .	317
	4. Der Gesellschafterwechsel . . . . .	319
IV.	Die Kontinuität der mit der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisse. . . . .	320
	1. Die Gesellschafter – jetzt nur noch vermittelt über das Gesellschaftsvermögen Bezugspunkt der gemeinschaftlichen Schulden . . . . .	320

2. Das Vermögen als Bezugspunkt der Schulden auch im BGB? . . .	322
3. Das „Handelsgeschäft“ als Bezugspunkt für die Schulden des Kaufmanns . . . . .	324
a) Die Haftung des Erwerbers eines „Handelsgeschäfts“ bei Firmenfortführung (§25 HGB) . . . . .	324
b) Eintritt in das „Handelsgeschäft“ eines Einzelkaufmanns (§28 HGB) . . . . .	325
D. Die Gesamthand als Personengemeinschaft . . . . .	327
I. Von der Vermögensgemeinschaft zur Personengemeinschaft . . . . .	327
II. Der gemeinsame <i>status</i> als das, was die Gesamthand ausmacht. . . . .	330
III. Die persönliche Haftung der Gesellschafter. . . . .	333
IV. Die Kontinuität der Rechtsverhältnisse. . . . .	335
V. Strukturmerkmale der „Gesellschaft“ als einer Gesamthandsgemeinschaft . . . . .	336
1. Die Gesamthand besteht aus mindestens zwei Gesellschaftern . . . . .	336
2. Die Einheitlichkeit der „Mitgliedschaft“ . . . . .	337
3. Die „Selbstorganschaft“ . . . . .	338
VI. Beispiele, an denen sich die Rechtsfigur der „deutschen Gesamthand“ modellhaft bewährt. . . . .	339
1. Nochmals: Die BGB-Gesellschaft als Verbraucher . . . . .	339
2. Nochmals: Die BGB-Gesellschaft im Grundstücksverkehr . . . . .	340
a) Die Rechtslage <i>vor</i> Anerkennung der GbR als rechtsfähig. . . . .	340
b) Die Rechtslage <i>nach</i> Anerkennung der GbR als rechtsfähig . . . . .	342
c) Die Ansicht der h. M. (Gruppenlehre) . . . . .	345
d) Bewertung . . . . .	347
VII. Die Fähigkeit der Gesellschafter, im Rechtsverkehr unter einem gemeinschaftlichen Namen aufzutreten . . . . .	350
E. Resümee. . . . .	352
§9 Die Handlungsfähigkeit . . . . .	357
A. Eine Hinführung . . . . .	357
B. Die unterschiedliche Handlungsfähigkeit von Gesamthand und Körperschaft . . . . .	359
I. Die „kollektive Handlungsfähigkeit“ der Gesamthand . . . . .	359
1. Doch zuvor: Die Handlungsfähigkeit der natürlichen Person . . . . .	360
2. Der „Gemeinschaftswille“ . . . . .	360
3. Die Gemeinschaftshandlung . . . . .	363
4. Der Umfang der „kollektiven Handlungsfähigkeit“. . . . .	365
5. Die Gesamthand als Besitzer . . . . .	368
a) Der Besitz als Rechtsbegriff . . . . .	368
b) Der gemeinschaftliche Besitz . . . . .	370
6. Ergebnis. . . . .	372
II. Die Handlungsfähigkeit der realen Verbandsperson. . . . .	373

1. Die Gesamthand der h. M. – eine reale Verbandsperson des deutschen Rechts . . . . .	373
2. Die reale Verbandsperson als wirkliche Körperschaft . . . . .	374
a) Der menschliche Verband als <i>corpus mysticum</i> und als <i>corpus ex distantibus</i> . . . . .	374
b) Die Gesamtheit der <i>gegenwärtigen</i> Mitglieder als Organ der Körperschaft . . . . .	376
3. Die juristische Person als reiner Rechtsbegriff . . . . .	377
4. Der „Gemeinwille“ als der Wille des menschlichen Verbands ( <i>volonté générale</i> ) . . . . .	378
a) Das „Gemeinwohl“ als oberste Richtschnur . . . . .	378
b) Die Mehrheitsentscheidung als Ausdruck des „Gemeinwillens“ . . . . .	380
c) Und der daraus folgende Unterschied zur Mehrheitsentscheidung bei der Gesamthand . . . . .	384
C. Organschaft und Identitätsrepräsentation . . . . .	386
I. Die Organschaft bei der Körperschaft. . . . .	386
1. Die Verfassung . . . . .	386
2. Das Organhandeln als Eigenhandeln der Körperschaft. . . . .	387
II. Der Unterschied zwischen Identitätsrepräsentation und Organschaft . . . . .	389
III. Die Identitätsrepräsentation . . . . .	392
1. Rechtsgeschäfte und erlaubte Rechtshandlungen . . . . .	392
2. Unerlaubte Handlungen . . . . .	393
3. Grundlage und Reichweite . . . . .	396
4. Der Unterschied zwischen deutscher und römischer Gesellschaft. . . . .	398
IV. Der Bedeutungsinhalt des § 31 BGB . . . . .	401
1. Für die Gesamthand des BGB . . . . .	401
2. Für die juristische Person des BGB . . . . .	402
a) Und worin sie sich dabei von der realen Verbandsperson unterscheidet . . . . .	402
b) Die juristische Person im Kontext des § 31 BGB aus Sicht der Verfasser des BGB . . . . .	403
c) Und aus der Sicht der heute h. M. – nicht wirklich eine „Organtheorie“ . . . . .	406
D. Resümee . . . . .	406
§ 10 Das Innenverhältnis . . . . .	409
A. Der Gesellschaftsvertrag als Grundlage für das Innenverhältnis . . . . .	410
B. Verwaltungsrechte und -pflichten . . . . .	413
C. Vermögensrechte und -pflichten. . . . .	415
I. Ihre Rechtsnatur als Sozialverbindlichkeit und Sozialanspruch . . . . .	415

II.	Keine persönliche Haftung der Gesellschafter für Sozialverbindlichkeiten .....	418
	1. Eigene Lösung .....	418
	2. Die Begründung der h. M. und die Kritik daran .....	419
III.	Die gerichtliche Durchsetzung von Sozialverbindlichkeit und Sozialanspruch .....	420
	1. Die Sozialverbindlichkeit .....	421
	a) Eigene Lösung .....	421
	b) Die Ansicht der h. M. ....	422
	2. Der Sozialanspruch .....	423
	a) Die Ansicht der h. M. ....	424
	b) Eigene Lösung .....	425
IV.	Der Gesellschafterregress .....	425
V.	Die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesellschaftsvermögens .....	429
	1. Die Auflösung der Gesellschaft als Zweckänderung .....	429
	2. Dennoch dieselbe Gesamthand .....	430
	3. Von der Gesamthand zur Gemeinschaft nach Bruchteilen ( <i>communio</i> ) .....	432
	a) BGB-Gesellschaft .....	432
	b) Handelsgesellschaft .....	433
	4. Die Nachschusspflicht .....	433
VI.	Der Abfindungsanspruch .....	434
VII.	Der Gewinnanspruch .....	438
VIII.	Ergebnis .....	438
D.	Rechte und Pflichten des Gesellschafters aus Drittgeschäften mit der Gesellschaft .....	439
	I. Der Gesellschafter als „Dritter“ .....	439
	II. Eine Als-ob-Betrachtung als Hilfestellung: als <i>wären</i> sie zwei Rechtssubjekte .....	440
	III. Die persönliche Haftung der Mitgesellschafter .....	441
E.	Resümee .....	442
§ 11	<i>Zweite Zwischenbilanz</i> .....	447
A.	Die „kollektive Rechtsfähigkeit“ der Gesamthand oder von der modifizierten <i>societas</i> zur rechtsfähigen Gesamthand .....	447
B.	Die „kollektive Handlungsfähigkeit“ der Gesamthand und worin sich Gesamthand, reale Verbandsperson und juristische Person dabei voneinander unterscheiden .....	451
C.	Die Gesamthand als das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander .....	454
D.	Zusammenführung der Ergebnisse .....	457
E.	Gesamthand und juristische Person als doppelter Gegenstand dieser Arbeit .....	461

Teil 3: Gesamthand und juristische Person .....	463
§ 12 Die juristische Person im BGB. ....	465
A. Eine Hinführung .....	465
B. Das Substrat der juristischen Person im BGB .....	467
I. Der menschliche Verband .....	467
II. Das Vermögen (Wiedemann) .....	468
III. Die (zweckgebundene) Organisation .....	469
IV. Der Zweck (Rittner) .....	474
C. Resümee .....	476
§ 13 Die Vorgesellschaft .....	479
A. Eine Hinführung .....	479
I. Die These .....	479
1. Die Vorgesellschaft als Bestätigung des unverzichtbaren Dualismus von Gesamthand und juristischer Person im BGB ..	479
2. Demgegenüber die monistische Auffassung der h. M. von der Vorgesellschaft .....	481
II. Die Grundfrage .....	482
1. Der Gegensatz zwischen Gesamthand und juristischer Person .	482
2. Die fertige juristische Person .....	483
3. Die Vorgesellschaft als notwendige „Vorstufe“ zur juristischen Person .....	484
B. Der eigene Standpunkt: Die Vorgesellschaft als Gesamthand .....	486
I. Die „kollektive Rechtsfähigkeit“ der Vorgesellschaft .....	486
1. Doch zunächst: Die Ansicht der h. M. ....	486
2. Die Ansicht des Reichsgerichts .....	488
3. Die Ansicht des BGH .....	489
4. Kritik an der h. M. ....	489
5. Eigene Lösung .....	491
II. Die unechte Vorgesellschaft .....	494
1. Die werbende (echte) Vorgesellschaft .....	494
2. Von der echten zur unechten Vorgesellschaft .....	495
3. Bewertung .....	497
III. Die „kollektive Handlungsfähigkeit“ der Vorgesellschaft .....	497
1. Die Rechtsnatur der „Organe“ in der (angestrebten) juristischen Person .....	497
2. Die Rechtsnatur der „Organe“ in der echten Vorgesellschaft ...	498
3. Die Rechtsnatur der „Organe“ in der unechten Vorgesellschaft	500
IV. Die Satzungsfeststellung .....	500
1. Die Satzung als Verfassung der fertigen juristischen Person ...	500
2. Rechtsnatur der Satzung: Norm oder Vertrag? .....	501

a)	Die modifizierte Normentheorie: Die Satzung ist zuerst Vertrag, dann Norm . . . . .	501
aa)	Die Ansicht der h. M. . . . .	501
bb)	Daraus resultierende Problemstellung: entweder <i>immer</i> Vertrag oder Norm . . . . .	503
b)	Die Vertragstheorie: Die Satzung ist <i>immer</i> Vertrag . . . . .	503
c)	Die Normentheorie und zugleich eigene Lösung: Die Satzung ist <i>immer</i> Norm . . . . .	505
aa)	Der „allgemeine Wille“ des menschlichen Verbands als Geltungsgrund . . . . .	505
bb)	Der Normbegriff . . . . .	507
cc)	„Autonomie“ <i>versus</i> „Privatautonomie“ . . . . .	508
d)	Zwischenergebnis: Die Satzung ist <i>immer</i> Norm. . . . .	510
e)	Die Satzung in der Körperschaft des deutschen Rechts: Norm, nicht Vertrag . . . . .	510
f)	Schlussfolgerung . . . . .	513
3.	Ergebnis. . . . .	516
V.	Die persönliche Haftung der Vorgesellschafter . . . . .	520
1.	Die persönliche Außenhaftung der Vorgesellschafter erlischt (erst), wenn die angestrebte juristische Person entsteht . . . . .	520
2.	Die Innenhaftung in Vorgesellschaft und juristischer Person und worin sie sich von der persönlichen Außenhaftung der Vorgesellschafter unterscheidet . . . . .	522
3.	Die persönliche Außenhaftung der Vorgesellschafter . . . . .	524
a)	Eigene Lösung . . . . .	524
aa)	In der echten Vorgesellschaft vorläufig suspendiert . . . . .	524
bb)	Lebt aber in der unechten Vorgesellschaft wieder auf . . . . .	525
b)	Die Ansicht der h. M. und die Kritik daran . . . . .	526
C.	Die Vorgründungsgesellschaft . . . . .	529
I.	Rechtsnatur . . . . .	529
II.	Die Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum dazu . . . . .	530
III.	Eigene Lösung. . . . .	532
IV.	Von der unechten wieder zur echten Vorgesellschaft . . . . .	533
D.	Die Einpersonengründung . . . . .	535
I.	Der menschliche Verband „kraft der Zeit und in der Zeit“ . . . . .	535
II.	Auch hier: Die Satzung ist Norm, nicht Vertrag . . . . .	536
III.	Das Problem: Ein „Gesellschafter“ kann <i>nicht</i> eine Gesamthand sein . . . . .	537
IV.	Die Lösung: Die „Vorgesellschaft“ als Sondervermögen des Einpersonengründers. . . . .	538
1.	Von der „Einpersonen-Vorgesellschaft“ zur angestrebten juristischen Person. . . . .	538
2.	Das objektive Schuldverhältnis im BGB. . . . .	539

3. Die Verselbständigung des Sondervermögens durch einen ständigen Vertreter. ....	540
4. Die Zweckbindung des Sondervermögens .....	542
a) Die Regeln, denen das Sondervermögen unterworfen ist ....	542
b) Der Irrtum der h. M. ....	544
5. Die persönliche Haftung des Einpersonengründers. ....	545
a) Endet mit der Eintragung .....	545
b) Ist in der „echten Vorgesellschaft“ vorläufig suspendiert ....	545
c) Und lebt in der „unechten Vorgesellschaft“ wieder auf. ....	547
V. Erneute und abschließende Kritik an der h. M. ....	548
E. Die werdende Stiftung. ....	550
I. Die Diskussion im Schrifttum und ihre Bewertung .....	550
1. Die rechtsfähige Stiftung – eine mitgliederlose, verselbständigte Vermögensmasse als Rechtssubjekt? .....	550
2. Das Entstehen der rechtsfähigen Stiftung – in zwei Akten? ....	552
3. Die Vorstiftung – Sondervermögen des Stifters oder selbständiger Rechtsträger? .....	552
II. Eigene Lösung. ....	553
1. Die rechtsfähige Stiftung entsteht als reiner Rechtsbegriff <i>uno actu</i> . ....	553
2. Das Vermögen als Substrat? .....	554
3. Der Stifter als Substrat? .....	555
4. Der Stifterwille als Substrat? .....	556
5. Ergebnis. ....	557
F. Resümee. ....	557
§ 14 Der nichtrechtsfähige Verein .....	565
A. Die Grundfrage: Wie kann der „nicht rechtsfähige Verein“ ein Rechtssubjekt sein? .....	566
I. Die These .....	566
II. Die Auffassung der h. M. ....	567
1. Historische Entwicklung .....	567
2. Der nichtrechtsfähige Verein als Körperschaft des deutschen Rechts .....	568
III. Der Wille des historischen Gesetzgebers .....	571
IV. Der Gegensatz zwischen „Gesellschaft“ und „juristischer Person“ .....	573
1. Der Ausgangspunkt im BGB .....	573
2. Die Ansicht der h. M. ....	574
3. Die Ansicht Flumes .....	575
B. Der nichtrechtsfähige Wirtschaftsverein. ....	575
I. Die Auffassung der h. M. ....	575
II. Eigener Ansatz .....	576
III. Ein Sonderrecht für den nichtrechtsfähigen Verein? .....	577
1. Prozess- und Zwangsvollstreckungsrecht .....	578

2. Insolvenzrecht .....	578
3. Die Handelndenhaftung (§ 54 Satz 2 BGB) .....	579
a) Beim Dauerverein .....	579
aa) Die Ansicht der h. M. ....	579
bb) Die Auffassung des historischen Gesetzgebers und eigene Lösung .....	580
b) Beim Vorverein .....	581
aa) Die Vorgesellschaft .....	581
(1) Befugt Handelnde .....	581
(2) Unbefugt Handelnde .....	585
bb) Der Vorverein .....	586
c) Zwischenergebnis .....	587
C. Der nichtrechtsfähige Idealverein .....	588
I. Die Verweisung in § 54 Satz 1 BGB .....	588
1. Die Ansicht der h. M. ....	588
2. Der Wille des historischen Gesetzgebers und die h. M. ....	589
3. Veränderung der ursprünglichen Rechtslage .....	590
4. Derogatives Gewohnheitsrecht? .....	592
II. Der nichtrechtsfähige Idealverein als BGB-Gesellschaft .....	593
1. Dispositive Natur der Vorschriften über die Gesellschaft (§§ 705–740 BGB) .....	593
2. Wechselnder Mitgliederbestand .....	594
3. Vorstand und Mitgliederversammlung .....	594
4. Die Aufnahme neuer Mitglieder .....	595
5. Das Mehrheitsprinzip .....	595
6. Die Vermögensrechte .....	596
IV. Die persönliche Haftung der Mitglieder selbst im nichtrechtsfähigen Idealverein .....	598
1. Die These .....	598
2. Die Ansicht der h. M. ....	598
3. Gleichlauf mit dem nichtrechtsfähigen Wirtschaftsverein .....	601
4. Ein Sonderrecht für den nichtrechtsfähigen Idealverein? .....	604
a) Die Ansicht Reuters und deren Bewertung .....	604
b) Eigene Lösung .....	605
5. Der nichtrechtsfähige Verein als <i>körperschaftsähnliche</i> Gesellschaft .....	606
D. Resümee .....	609
§ 15 Dritte Zwischenbilanz .....	611
<i>Schlussbetrachtung</i> .....	617
A. Der Ansatz dieser Arbeit oder die Notwendigkeit, die Gesamthandsfigur des BGB dogmengeschichtlich zu betrachten .....	617

B.	Die Dogmengeschichte der Gesamthandsfigur des BGB . . . . .	619
I.	Die reale Verbandsperson als Zentralfigur im Rechtsdenken Gierkes . . . . .	619
	1. Die Schwierigkeit ihrer Rekonstruktion in Gierkes Rechtsdenken . . . . .	619
	2. Pufendorfs Lehre von den <i>entia moralia</i> und der stoische Immanenzgedanke als Schlüssel zu Gierkes Rechtsdenken . . . . .	619
	3. Rousseaus Konzeption einer <i>volonté générale</i> als komplementärer Zugang zu Gierkes Rechtsdenken . . . . .	620
	4. Gierkes reale Verbandsperson als germanistischer Gegenentwurf zu Savignys romanistischer juristischer Person . . . . .	622
II.	Gierkes germanistische Gesamthandsfigur. . . . .	623
	1. Gierkes Gesamthand im Unterschied zu seiner realen Verbandsperson . . . . .	623
	2. Gierkes „deutsche Gesamthand“ im Unterschied zur römischen <i>societas</i> . . . . .	624
III.	Vier Assoziationsformen als dogmengeschichtlicher Hintergrund des BGB: <i>universitas</i> und <i>societas</i> sowie reale Verbandsperson und Gesamthand . . . . .	624
C.	Die Gesamthand im BGB . . . . .	626
I.	Der Weg der Gesamthandsfigur in das BGB und ihr (erst) später Durchbruch: von einer modifizierten <i>societas</i> zur germanistischen Gesamthand Gierkes. . . . .	626
II.	Gierkes Gesamthandsmodell als „gute Rechtsdogmatik“ . . . . .	627
	1. Die Gesellschafterhaftung . . . . .	627
	2. Der Fortbestand der mit der Gesamthand bestehenden Rechtsverhältnisse trotz eines Gesellschafterwechsels. . . . .	628
	a) Der stoische Immanenzgedanke bei Gierkes Gesamthand. . . . .	628
	b) Der stoische Immanenzgedanke bei Gierkes realer Verbandsperson in der Gegenüberstellung dazu . . . . .	629
	c) Die Stärke von Gierkes Gesamthandsmodell gegenüber dem der „ganz h. M.“ . . . . .	630
D.	Der unverzichtbare Dualismus von Gesamthand und juristischer Person. . . . .	631
	<i>Quellen- und Literaturverzeichnis</i> . . . . .	635
	<i>Personen- und Sachverzeichnis</i> . . . . .	661



## Problemaufriss

Neben der Rechtsfigur der juristischen Person versetzt allein die der Gesamthand Menschen in die Lage, im Rechtsverkehr als eine Gemeinschaft auftreten zu können. Sie ist demgemäß ein wesentlicher Baustein des geltenden Rechts. „Paradigmatisch für die Gesamthand an sich“ ist das „Recht der Gesellschaft“ (§§ 705–740 BGB).<sup>1</sup> Da die „Gesellschaft“ im Grundsatz für jeden beliebigen „gemeinsamen Zweck“ offensteht (vgl. § 705 BGB), ist sie im Gegensatz zur ehelichen Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft von „Besonderheiten frei“, sodass es sich bei ihr heutzutage „gewissermaßen“ um „die ‚Urfigur‘ der Gesamthand“ handelt.<sup>2</sup> Der Gesamthandsbegriff findet jedoch im „Recht der Gesellschaft“ nur unvollständig Ausdruck, ist er dort doch ausschließlich als Vermögensprinzip in den §§ 718 Abs. 1, 719, 738 Abs. 1 Satz 1 BGB kodifiziert.<sup>3</sup> Das positive Recht bedarf deshalb der Ergänzung, ja der Vervollständigung. Da die Gesamthand des geltenden Rechts auf die „deutsch-rechtliche Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts“ zurückgeht, sind die §§ 705–740 BGB zu diesem Zweck vor allem historisch auszulegen.<sup>4</sup> Eine solche dogmengeschichtliche Betrachtung hat dabei bei Otto von Gierke (1841–1921) und seiner „deutschen Gesamthandsfigur“ anzusetzen, war er es doch, der ihr in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, am Vorabend des BGB, ihre „begriffliche Prägung“ gab.<sup>5</sup>

Dieser Ansatz begegnet indes der Schwierigkeit, dass Gierke nicht offenlegt, was er unter seinem Gesamthandsbegriff versteht. Deswegen sind bisher auch sämtliche Versuche gescheitert, über Gierkes „germanistische Gesamthandsfigur“ zum Gesamthandsprinzip des geltenden Rechts zu gelangen. Bei Gierke dient nun die Gesamthand als Abgrenzungsfigur zu seiner sog. realen Verbandsperson, der „deutschen Genossenschaft“. Auf ihre juristische Durchdringung, nicht auf die der „deutschen Gesamthand“, war Gierkes wissen-

---

<sup>1</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 2.

<sup>2</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 2.

<sup>3</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 8 III d) (S. 203–204); BGHZ 146, 341, 343.

<sup>4</sup> BGHZ 146, 341, 344.

<sup>5</sup> Lepsius, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2013, §§ 705–740 Rn. 62; K. Schmidt, NJW 2001, 993, 994–995; Ulmer, AcP 198 (1998), 113, 120; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 9 Rn. 72 (S. 185); Schäfer, in: Münch-Komm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 158; Raiser, in: FS Zöllner, 1998, 469, 476.

schaftliches Wirken ausgerichtet. Die Erforschung des „deutschen Genossenschaftsrechts“ sah er geradezu als seine Lebensaufgabe an. Ausschließlich über Gierkes reale Verbandsperson lässt sich deshalb sein Gesamthandsbegriff nachvollziehen. Aber auch dieses Vorgehen stößt auf das scheinbar unüberwindliche Hindernis, dass selbst bei Gierke die Konturen seiner realen Verbandsperson äußerst unscharf bleiben. Weil aber Gierke seine deutschrechtliche Figur der „realen Verbandsperson“ in einer ganz bewussten Entgegensetzung zur „juristischen Person“ des Romanisten Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) entworfen hat, erschließt sich Gierkes Vorstellung von seiner deutschen Genossenschaft einzig und allein aus ihrer Gegenüberstellung zur juristischen Person Savignys. Beide, juristische Person und reale Verbandsperson, erhellen sich insofern mit Notwendigkeit nur gegenseitig. Der Streit um das „Wesen“ der juristischen Person, der heutzutage, obschon zu Unrecht, als „hoffnungslos“, ja sogar als „unlösbar“ gilt,<sup>6</sup> ist deshalb allein aus dem Grund wiederaufzunehmen, um darüber, vor allem im Kontrast zur realen Verbandsperson, überhaupt erst imstande zu sein, Gierkes deutschrechtliche Gesamthand zu verstehen. Da Gierkes germanistische Gesamthand den dogmengeschichtlichen Hintergrund für die Gesamthand des BGB, besonders für das „Recht der Gesellschaft als Gesamthand“ bildet,<sup>7</sup> lässt sich das Gesamthandsprinzip des positiven Rechts nicht anders als über diese, auf den ersten Blick so „verschlungen wirkenden Pfade“ einer historischen Auslegung der §§705–740 BGB herausarbeiten.

Den Zugang zu Gierkes Verständnis von seiner realen Verbandsperson und zu dem der juristischen Person, um in Abgrenzung dazu Gierkes Gesamthandsbegriff wiederaufleben zu lassen, eröffnet allein Samuel Pufendorfs (1632–1694) Lehre von den *entia moralia*, da es dieses Gedankenmodell ist, auf das Gierke sein gesamtes germanistisches Rechtsdenken aufgebaut hat. Denn im Anschluss daran differenziert auch Gierke zwischen der Welt, die der Mensch über seine Sinne erfährt, der insofern „wirklichen Welt“ und der davon „abstrahierten“, bloß „vorgestellten Welt“ des Rechts.<sup>8</sup> Während Gierke zufolge bei einer Genossenschaft, bei einer realen Verbandsperson, sich mehrere einzelne Menschen (*entia physica*) schon in der wirklichen Welt zu einem menschlichen Verband zusammenschließen (*ens physicum*) und aus diesem die reale Verbandsperson (*ens morale*) in der vorgestellten Welt des Rechts hervorgeht und fortwährend in ihm „lebt“, existiert die juristische Person, jedenfalls sieht das Gierke so, im Recht völlig losgelöst und getrennt davon als ein Rechtsbegriff (*nomen iuris*). Bei der Gesamthand bilden die einzelnen Menschen da-

<sup>6</sup> Raiser, AcP 199 (1999), 104, 105; Weick, in: Staudinger, BGB, 2005, Einleitung zu §§21 ff. Rn. 4.

<sup>7</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 2; K. Schmidt, NJW 2001, 993, 994–995; Raiser, in: FS Zöllner, 1998, 469, 476.

<sup>8</sup> Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, 1883, S. 1097, 1103.

gegen nicht einen menschlichen Verband in der wirklichen Welt, sondern es steht jeder für sich. Erst und allein in der vorgestellten Welt des Rechts assoziieren sie sich als mehrere Rechtssubjekte (als mehrere „Personen“) zu einer Gesamthand und haben in der Folge davon ein „gemeinschaftliches Vermögen“ (§718 Abs. 1 BGB), über das sie nur alle zusammen verfügen können (§719 Abs. 1 BGB).



# Einführung



## Konzeption

### A. Zielsetzung

Die Aufgabe, der sich dieses Werk stellt, ist es, der Rechtsnatur oder gleichbedeutend dem „Begriff“ der „Gemeinschaft zur gesamten Hand“, also der Gesamthand, nachzugehen.<sup>1</sup> Denn anders als es die momentan ganz h. M. als Gruppenlehre annimmt, ist die Gesamthand selbst, oder wie Flume es ausdrückt: als „Gruppe“, *nicht* ein Rechtssubjekt.<sup>2</sup> Die Grundthese der Arbeit lautet daher, dass die Gesamthänder oder auch die Gesellschafter<sup>3</sup> die Träger der gesamthänderischen Rechtsbeziehungen sind, wenn auch nicht, wovon fälschlicherweise noch die frühere h. M. und individualistische Ansicht ausging, *unmittelbar*.<sup>4</sup> Die Gesellschafter nehmen im Recht zusammen einen

<sup>1</sup> *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 663 und öfter (Zitate). Alle Zitate in dieser Arbeit sind an die heutige deutsche Schreibweise angepasst.

<sup>2</sup> *Flume*, ZHR 136 (1972), 177, 189: „Die Gruppe ist als solche Rechtssubjekt“; ihm folgend BGHZ 146, 341, 344, 347 („als Gruppe“); BGH, NJW 2014, 1107 Rn. 24; *Schäfer*, in: MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 289–302: „Die Gruppenlehre hat sich voll durchgesetzt.“; *Westermann*, in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 705 Rn. 64; für *Hadding/Kießling*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2012, vor § 705 Rn. 21, ist „die GbR als Gruppe“ und damit die Gesamthand „als solche ein eigenes Zuordnungssubjekt“ (d. h. ein Rechtssubjekt); v. *Ditfurth*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 13. Aufl. 2018, § 705 Rn. 35; *Sprau*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 705 Rn. 24; *Habermeier*, in: Staudinger, BGB, 2003, vor § 705 Rn. 9; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 3 Rn. 9; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 1 Rn. 107; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 49; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 19 Rn. 2–3. Schon *Reinhardt*, Gesellschaftsrecht, 1973, Rn. 56, sieht in der Gesamthand (als GbR, OHG und KG) ein Rechtssubjekt. Er lehnt allerdings den Begriff der „Gruppe“ dafür ausdrücklich ab, da hier „ein Stück Mystik“ erhalten bleibe (Rn. 41a). Denn nach Ansicht von Reinhardt dient bei Flume der Gruppenbegriff nur dazu, die Gesamthand von der juristischen Person abzugrenzen. Für Reinhardt sind Gesamthand und juristische Person in ihrem „Wesen“ dasselbe Rechtsgebilde („kollektive Einheit“) und unterscheiden sich allein im Umfang ihrer Rechtsfähigkeit voneinander (Rn. 56–57).

<sup>3</sup> Die Ausdrücke „Gesellschafter“, „Gesamthänder“ und „Gemeiner“ stehen in dieser Arbeit in der Regel gleichbedeutend für das „Mitglied“ in einer Gemeinschaft zur gesamten Hand (= Gesamthand) an sich.

<sup>4</sup> *Zöllner*, in: FS Gernhuber, 1993, S. 563–578; *ders.*, in: FS Claussen, 1997, S. 423, 429; *ders.*, in: FS Kraft, 1998, S. 701–718; *Hueck*, in: FS Zöllner, 1998, S. 275–294 (S. 294: „Vorzug“ der „Gesetzesnähe“); *Cordes*, JZ 1998, 545, 551; *Berndt/Boin*, NJW 1998, 2854, 2861; *Kraft/Kreutz*, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2000, C I 1 d) (S. 102–106), wonach die Gesellschafter als Gesamthänder „Rechtsträger eines Sondervermögens“ sind und nicht die Gesellschaft selbst ein Rechtssubjekt ist (ebenda, S. 106). Vgl. dazu *Blomeyer*, JR 1971, 397–403

Raum ein, einen gemeinsamen *status*, der sie befähigt, kollektiv Rechte und Pflichten haben zu können („kollektive Rechtsfähigkeit“), indem er ihnen als Zuordnungsendpunkte (= Rechtsträger; Rechtssubjekte) die gemeinschaftlichen Rechte, Forderungen und Verbindlichkeiten bloß *vermittelt*.<sup>5</sup> Der gemeinsame *status* ist als solcher *kein* Rechtssubjekt, er schirmt daher die Gesellschafter *nicht* vor den gesamthänderischen Rechtsbeziehungen ab, vielmehr dringen diese bis zu den einzelnen Gesellschaftern als ihren Trägern durch.<sup>6</sup> Das überzeugend darzulegen, ist Zielsetzung dieser Schrift.

## B. Dogmengeschichtlicher Ansatz

Obgleich Flumes Gruppenlehre und damit der heute ganz h. M. in dieser Arbeit nicht gefolgt wird, ist seinem methodischen Vorgehen, dem Versuch, die Rechtsnatur der gesamten Hand aus deren Dogmengeschichte herauszuarbeiten und dafür gewissermaßen von neuem an die deutsch-rechtliche Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts anzuknüpfen, und zwar, so wie sie ihre Ausgestaltung bei Otto von Gierke gefunden hat, zuzustimmen.<sup>7</sup> Und ob schon diese geschichtliche Methode im Schrifttum verbreitet auf Skepsis gestoßen ist und ihr zum Teil auch heute noch begegnet wird,<sup>8</sup> hat sich der BGH Flume und seiner Gruppenlehre nicht nur in der Sache angeschlossen und ihr dadurch, zumindest vermeintlich, in Rechtswissenschaft und -praxis zum

---

(„Nebeneinander von Anteils- und Einheitsbetrachtung als das eigentliche Charakteristikum der Gesamthand“).

<sup>5</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 682 (Zitat).

<sup>6</sup> A. A. aber Flume, ZHR 136 (1972), 177, 189–192.

<sup>7</sup> Flume, ZHR 136 (1972), 177, 184–193. Dass diese geschichtliche Methode elementar ist für Flumes Art und Weise, wie er die Rechtswissenschaft im Allgemeinen sieht, offenbart sich, wenn er hervorhebt, dass die Rechtswissenschaft allein schon deswegen als eine „geschichtliche“ zu verstehen sei, weil ihr Gegenstand, das Recht, stets „das Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung“ ist und ausschließlich daraus wirklich verstanden werden könne (Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. VII–VIII). Dabei schließt Flume, aaO., S. VIII, ganz bewusst an Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. XV, an, der seinerseits den „lebendigen Zusammenhang“ betont, der „die Gegenwart an die Vergangenheit knüpft und ohne dessen Kenntnis wir von dem Rechtszustand der Gegenwart nur die äußere Erscheinung wahrnehmen, nicht das innere Wesen begreifen“. Bei „Werner Flume“, so Raiser, in: FS Zöllner, 1998, S. 469, 480, „fällt“ in Bezug auf seine Gesamthandslehre „als erstes auf, wie stark er auf Gierke zurückgreift“.

<sup>8</sup> Mülbart, AcP 199 (1999), 38, 48; a. A. dagegen K. Schmidt, NJW 2001, 993, 994–995: „subjektive Deutung des Gesamthandsprinzips“ durch Gierke, „an dessen verdienstvolle Arbeiten Flume“ 1972 mit „seinem folgenreichen ZHR-Aufsatz“ „ausdrücklich anschloss“. Schäfer, in: MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 298. Auch nach Auffassung von Ulmer, AcP 198 (1998), 113, 113 und 150, folgt für die Anhänger der Gruppenlehre im Anschluss an Flume die Rechtsfähigkeit der Gesamthandsgesellschaft aus ihrer „rechtlichen Qualifikation“ als „deutsch-rechtliche Gesamthand“ (Gierke).

„Durchbruch“ verholfen,<sup>9</sup> sondern ist Flume auch in dessen methodischem Ansatz bewusst gefolgt. Auch nach Ansicht des BGH lässt sich erst und allein durch eine dogmengeschichtliche Betrachtung des geltenden Rechts die Rechtsnatur oder das „Wesen“ der (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts als einer Gemeinschaft zur gesamten Hand wirklich erfassen, indem auf die „deutsch-rechtliche Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts“ zurückgegangen wird, die der BGH wiederum im Anschluss an Flumes Gruppenlehre mit der von Gierke gleichsetzt.<sup>10</sup>

Das Recht ist ein „geschichtliches Produkt“<sup>11</sup> und daher stehen „die heute geltenden Normen und anerkannten juristischen Denkformen“ in einem „Überlieferungszusammenhang“ mit dem vorausgegangenen Recht, und zwar nicht nur, wenn sie dadurch „ihre heutige Gestalt erlangt haben“, sondern selbst dann, wenn sie sich davon zumindest scheinbar „losgemacht“ haben.<sup>12</sup> Weil demnach das damalige Recht – wenn auch nicht immer als dasselbe, sondern durchaus auch verändert – im jetzigen nachwirkt, muss das eine in seiner Kontinuität mit dem anderen gesehen werden, um dadurch „das Fortleben des Rechts als Kontinuum zu vollziehen und die Tradition des Rechtsdenkens zu bewahren“.<sup>13</sup> Diese Einsicht kommt unmissverständlich auch bei K. Schmidt zum Ausdruck, wenn er für das Gesellschaftsrecht die immense Bedeutung dieser dogmengeschichtlichen Methode, ja ihre Unverzichtbarkeit hervorhebt:

„Rechtsordnung ist System und Prozess. Wer nicht um das Woher weiß, wird das Heute und das Wohin nicht begreifen können. Viele Unstimmigkeiten im Normen-

<sup>9</sup> Schäfer, in: MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2017, vor §705 Rn. 11; K. Schmidt, NJW 2001, 993–1003, bei dem von einem „Siegeszug“, sogar von einem „Triumph“ der „neuen Gesamthandslehre“ die Rede ist (S. 995, 1003); Westermann, NZG 2001, 289–295 („Befreiungsakt“); Dauner-Lieb, DStR 2001, 356, 357 („Fundament“).

<sup>10</sup> BGHZ 146, 341, 344.

<sup>11</sup> Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, 1883, S. 1097, 1114.

<sup>12</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 209 mit Fn. 60.

<sup>13</sup> Betti, Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, in: FS Rabel, Bd. 2, 1954, S. 79, 123, Fn. 62a. Nach Schröder, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl. 2012, S. 359, besteht „wohl Einigkeit darüber, dass das frühere Recht (...) Hinweise“ auf den „Sinn“ des gegenwärtigen Rechts „geben“ kann. Picker, AcP 201 (2001), 763–859, insbes. 834–840, fordert eine „geschichtliche Rechtswissenschaft“ in dem konkreten Sinn „einer Dogmatik“ ein, „die die Historik“ (d. h. die Entstehungsgeschichte) „als ein unverzichtbares Instrument fundierter Lösungsversuche betrachtet“ (ebenda, S. 834–835), und zwar, weil „für den Dogmatiker erst die Entstehungsgeschichte den Weg zur vollen Entschlüsselung seines Forschungsgegenstands“, d. i. das gegenwärtige Recht, „freigibt“ (ebenda, S. 835). Dazu auch Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht, 1982, S. 60–67, 194–201; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15. Aufl. 1959, §56 (S. 334): „Zustand, wie er vor dem Gesetz bestand, und die historische Entwicklung“. Rütbers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, Rn. 782, wonach die „begriffs- und dogmengeschichtliche Ausgangslage“ zu beachten ist, „in welcher die Normsetzung beraten und formuliert wurde“. Nach Möllers, Juristische Methodenlehre, 2017, §1 Rn. 6, erschließt erst die Rechtsgeschichte die Bedeutung der einzelnen Rechtsfiguren und Argumente „viel klarer“. Dilcher, AcP 184 (1984), 247–288.

gefüge des gesetzlichen Gesellschaftsrechts finden durch eine historische Schau – und nur durch sie! – ihre Erklärung und nicht selten ihre Auflösung. Rückblicke auf die Vergangenheit sollen deshalb diesem Buch nicht Patina und historisierende Würde verleihen, sondern sie sind Teil von Erkenntnis und Fortschritt.“<sup>14</sup>

Das gilt dabei nicht bloß für das Gesellschaftsrecht im Allgemeinen, sondern im Besonderen für die Figur der Gesamthand als ein „geschichtsmächtiges juristisches Modell“,<sup>15</sup> das als solches in „einer seit Jahrhunderten gewachsenen Rechtstradition“ steht.<sup>16</sup> Demgemäß steht auch in dieser Arbeit Gierke und dessen Theorie der deutschen Gesamthand im Fokus der Überlegungen.<sup>17</sup> Das derart dogmengeschichtlich rekonstruierte Gesamthandsmodell Gierkes ist insofern für das geltende Recht fortzuentwickeln, als sich die Figur der Gesamthand in das gegenwärtige positive Recht einfügen muss, indem es das geltende Recht in sich schlüssig und widerspruchsfrei abbildet und die insoweit unvollständigen gesetzlichen Regelungen zur Gesamthand systemimmanent ergänzt.<sup>18</sup>

Zu dieser geschichtlichen Methode besteht schon allein deswegen keine wirkliche Alternative, weil sich die Verfasser des BGB auf das „Wesen der gesamten Hand“ gerade nicht festlegen wollten und daher lediglich die „Bestimmungen“ zur Gesamthand in das BGB aufgenommen haben, die in ihren Augen „sachlich den Vorzug“ verdienten.<sup>19</sup> Auch wenn das geltende Recht stets und demzufolge auch bei der Begriffsbildung der Gesamthand (als Rechtsfigur) mit Notwendigkeit den Ausgangspunkt der Auslegung darstellt, reicht eine Analyse des positiven Rechts für sich allein von vornherein nicht aus, um das „Wesen“ der Gesamthand im BGB aufzufinden.<sup>20</sup> Die Analyse des

<sup>14</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 3 IV 1 (S. 54).

<sup>15</sup> Raiser, AcP 194 (1994), 495, 499.

<sup>16</sup> Ulmer, AcP 198 (1998), 113, 120.

<sup>17</sup> Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 9 Rn. 72 (S. 185), bezeichnen „die Arbeiten Otto v. Gierkes“ als „grundlegend“ für das Verständnis der „Gesamthandsgemeinschaft“ im geltenden Recht. Auch nach Raiser, in: FS Zöllner, 1998, 469, 476, ist die „Theorie der Gesamthand, wie sie bis heute gelehrt wird, (...)“, wie man weiß, im wesentlichen das Werk Otto v. Gierkes“.

<sup>18</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 8 III 1 a) (S. 197).

<sup>19</sup> Protokolle, in: Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 990. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 8 III 1 b) (S. 199), stellt in der Folge fest: „Bei den Gesamthandsgemeinschaften des BGB hat der Gesetzgeber die Fragen der Rechtszuständigkeit weitgehend im Dunkel gelassen. Hier ist die Wissenschaft zur Klärung aufgerufen.“

<sup>20</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 8 III 1 a) (S. 197). Nach der Ansicht von Wertenbruch, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000, S. 34–39 (S. 35), haben demgegenüber die Verfasser des BGB das Gesamthandsprinzip, das schon für die OHG des ADHGB vor 1900 gegolten habe, für die BGB-Gesellschaft als „ungeschriebenes geltendes Recht“ übernommen (offengelassen in BGHZ 146, 341, 347). Das „Wesen“ (S. 33), die „Rechtsnatur“, von OHG und BGB-Gesellschaft als Gesamthandsgemeinschaften ergebe sich deswegen zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetz, dafür aber aus deren „deutschrechtlicher Gestaltung“ (S. 39).

positiven Rechts ist daher um eine dogmengeschichtliche Betrachtung als eine Form der historischen Auslegung zu ergänzen, um so für das geltende Recht das Modell einer deutschen Gesamthand zu entwerfen.

Das dogmengeschichtliche Umfeld, in dem die Gesamthand als Rechtsfigur schließlich in das BGB eingegangen ist, bildet die deutsch-rechtliche Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts, und zwar in der „begrifflichen Prägung“, die sie am Vorabend des BGB durch Gierke gefunden hat.<sup>21</sup> Demgemäß ist für die Dogmengeschichte der Gesamthand des BGB entscheidend, wie Gierke diesen Begriff auffasste. Da für ihn die römisch-rechtliche Gesellschaft (*societas*) auf der einen und die deutsch-rechtliche Verbandsperson auf der anderen

---

<sup>21</sup> *Lepsius*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2013, §§705–740 Rn. 62 (und 63). *Limbach*, Gesamthand und Gesellschaft, 2016, Rn. 488–509 (und öfter), der den „modernen Gesamthandbegriff“ zwar nicht auf die „Genossenschaftsidee Beselers und Gierkes“ zurückführen und daher auch nicht in Gierke dessen „Urheber“ sehen will, sondern Johannes E. Kuntze (1863) und Otto Stobbe (1864). Erst in der Folge davon habe zunächst Beseler diesen „Gesamthandbegriff“ in seinem Lehrbuch rezipiert (*Limbach*, aaO., Rn. 477–482), der erst darüber zu Gierke gelangt sei. Dennoch ist Gierke der erste, der die „Konstruktion der Gesamthand vertieft behandelt“ (ebenda, Rn. 482) und dadurch die Rechtsfigur der deutschen Gesamthand als Rechtsprinzip ausarbeitet hat. Die moderne Gesamthand, so wie sie heute in den §§718, 719, 738 BGB für die BGB-Gesellschaft als die „Urfigur“ der „Gesamthand an sich“ (*Flume*, Die Personengesellschaft, 1977, S. 2) zum Ausdruck kommt, nimmt ihren Anfang *insofern* erst bei Gierke. Demgemäß führt *Lepsius*, aaO., Rn. 17, auch die Umstellung der BGB-Gesellschaft von einer *societas* des römischen Rechts im ersten Entwurf auf das Gesamthandsprinzip im zweiten Entwurf „im Wesentlichen auf den Einfluss von Otto Gierke zurück“; sogar „allein auf Otto von Gierke“: *Köbler*, Werden, Wandel und Wesen des deutschen Privatrechtswortschatzes, 2010, S. 296. Für einen insofern entscheidenden Einfluss des Stettiner Rechtsanwalts Emil Boyens (1848–1925) dagegen *Wächter*, Die Aufnahme der Gesamthandsgemeinschaften in das Bürgerliche Gesetzbuch, 2002, S. 223; wohl auch *Limbach*, aaO., Rn. 438. Doch selbst dann geht das Gesamthandsprinzip bei der BGB-Gesellschaft auf Gierkes deutsch-rechtliche Gesamthandslehre zurück. Denn auch für Boyens war die Gesamthand eine Rechtsfigur, die die germanistische Rechtsschule erst im 19. Jahrhundert und damit vor allem Gierke „geschaffen“ hat (*Limbach*, aaO., Rn. 436). *Schäfer*, in: MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 158, versteht die §§718, 719 BGB („gesetzliche Regel“) als Ausdruck „deutsch-rechtlicher Einflüsse“. Daher ist die „BGB-Gesamthand“ allenfalls insofern eine „Zweckschöpfung des Gesetzgebers“ (*Schäfer*, aaO., Rn. 289), als die Verfasser des BGB die deutsch-rechtliche Gesamthandsfigur allein in Bezug auf das „gemeinschaftliche Vermögen“ (§§718, 719 BGB) übernahmen (Protokolle, in: Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 989–992; so auch Denkschrift, in: Mugdan, aaO., S. 1259–1260, wonach sich der „Entwurf“ in Bezug auf die „Gesellschaft“ [§§705–740 BGB] der „deutsch-rechtlichen Gestaltung“ angeschlossen hat; *Flume*, aaO., S. 3–4; BGHZ 146, 341, 343; *Schäfer*, aaO., Rn. 289, der die „BGB-Gesamthand“ insgesamt als das „Sondervermögen einer Personmehrheit“ beschreibt). Ein Gesamthandsvermögen (§§718, 719 BGB) setzt jedoch eine Personengemeinschaft zur gesamten Hand voraus, sodass die Verfasser des BGB auch insofern die germanistische Gesamthandsfigur Gierkes, und dadurch insgesamt, in das BGB aufgenommen haben (dazu §7). Demzufolge trifft es vollauf zu, wenn *Raiser*, in: FS Zöllner, 1998, 469, 476, betont, dass die „Theorie der Gesamthand, wie sie bis heute gelehrt wird, (...) wie man weiß, im wesentlichen das Werk Otto v. Gierkes“ ist.

Seite gewissermaßen die Gegenpole zu seiner Gesamthand bildeten und die Verbandsperson ihrerseits für Gierke ein germanistischer Gegenentwurf zur römisch-rechtlichen juristischen Person (*universitas*) war, ist zudem Gierkes Verständnis der drei Rechtsfiguren *societas*, Verbandsperson und juristische Person (*universitas*) in die dogmengeschichtliche Betrachtung der Gesamthand im BGB einzubeziehen.<sup>22</sup> Obschon es demnach gilt, vor allem Gierkes Vorstellungen dazu wiederaufleben zu lassen, um so den dogmengeschichtlichen Hintergrund der Gesamthand im BGB zu rekonstruieren, stößt dieses Vorhaben immer wieder auf die Schwierigkeit, dass Gierke oftmals nicht offenbart, wie er sich diese Rechtsfiguren vorstellt.<sup>23</sup> Aus diesem Grund ist Gierkes Sichtweise auch unter Rückgriff auf ein insofern allgemeines Verständnis dieser Rechtsfiguren zu vervollständigen.

<sup>22</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 479–482 (und öfter). Auch Laufs, JuS 1968, 311, hebt hervor, dass Gierke seine Auffassung von der Verbandsperson als realer Gesamtperson im Gegenüber zum „Phantom der persona ficta“ und damit zur „römischrechtlichen universitas“ (= juristischen Person) entwickelt hat.

<sup>23</sup> Diesem Umstand ist es, zumindest auch, geschuldet, dass das Schrifttum zu Gierkes germanistischer Genossenschaftslehre, in deren Zentrum seine Rechtsfigur der Verbandsperson (= „Genossenschaft“) steht, fast unüberschaubar geworden ist. Die Gesamthandsfigur dient Gierke dagegen oftmals nur zur Abgrenzung davon; Mertens, JuS 1971, 508, 509, wonach Genossenschaft und menschliche Verbände insgesamt als der „wichtigste Einzelgegenstand“ Gierke ein Leben lang beschäftigt haben. Peters, Die Genossenschaftstheorie Otto v. Gierkes (1841–1921), 2001, vor allem S. 76–123; Janssen, ZRG GA 122 (2005), 352–366; K. Schmidt, Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht. Aktuelle Betrachtungen zur Wirkungsgeschichte von Otto v. Gierkes Genossenschaftstheorie, 1987; Thieme, Was bedeutet uns Otto von Gierke?, in: FS Lübtow, 1980, S. 407–424; Wieacker, in: FS für Huber, 1973, S. 339–383; Laufs, JuS 1968, 311–315; Mertens, JuS 1971, 508–511; Dilcher/Kern, ZRG GA 101 (1984), 1–46; Schikorski, Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff in der Rechtslehre des 19. Jahrhundert, 1978; Dilcher, Zur Geschichte und Aufgabe des Begriffs Genossenschaft, in: Dilcher/Diestelkamp (Hrsg.), Recht Gericht, Genossenschaft und Policey, 1986, S. 114–123; Heydenreuter, Otto von Gierkes Genossenschaftsrecht und die Rechtsgeschichte, in: Entwicklung und Realisierung des Genossenschaftsgedankens vom Mittelalter bis zur Gegenwart, 2000, S. 153–169; Malowitz, Freiheit in Gemeinschaft. Zu Rezeption und Bedeutung der Gemeinwohldeidee in der Genossenschaftstheorie Otto von Gierkes, in: Münkler/Fischer (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, 2002, S. 141–164; Oexle, Otto von Gierkes „Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft“, in: Hammerstein (Hrsg.), Deutsche Geschichtswissenschaft um 1900, 1988, S. 193–217; Kosfeld, Genossenschaft, Gemeindegedanke und Verfassungsstaat. Historische Reflexion und moderne Gesellschaft bei Maitland und Gierke. Ein deutsch-englischer Vergleich, in: Kirsch/Kosfeld/Schiera (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor der Herausforderung der Massengesellschaft, 2002, S. 307–337; Palm, Person im Ertragsteuerrecht, 2013, S. 207–215, 317–328; Repgen, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 2001, S. 127–179; Kleindiek, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, S. 151–182 (und öfter).

## C. Herangehensweise

## I. Der Schlüssel zum Verständnis von Gierkes Gesamthandsfigur

Auch wenn sich die Rechtsfigur der Gesamthand im geltenden Recht einzig und allein dadurch erschließen lässt, dass an Gierke und seine Gesamthandslehre angeknüpft wird, stößt dieser Ansatz auf die grundlegende Schwierigkeit, dass Gierke die Rechtsfigur der Gesamthand als eine „verbundene Personenmehrheit“ beschreibt, die „kraft der gesamten Hand“ zugleich eine (kollektive) „Personeneinheit“ ist.<sup>24</sup> Die Gesamthand ist demnach für Gierke gleichzeitig Vielheit und Einheit. Die Momente von Einheit und Vielheit scheinen jedoch unversöhnliche Gegensätze zu sein: Etwas ist entweder eine Vielheit oder eine Einheit, aber nicht zur selben Zeit beides, oder wie Buchda es ausdrückt: „Wo aber wirklich Einheit ist, da ist keine Vielheit mehr.“<sup>25</sup> Die-

<sup>24</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 682.

<sup>25</sup> Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, 1936, S. 258; *Philipsborn*, ZRG RA 71 (1954), 41, 63: „Zwischen Vielheit und Einheit gibt es nur ein ‚Ja‘ oder ein ‚Nein‘, nicht ein Mehr oder Weniger.“ Dieser Gegensatz von „Einheit und Vielheit“, „Herrschaft und Genossenschaft“, ihre Dialektik, zieht sich durch Gierkes Denken (Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1, 1868, S. 1–4 und öfter). Dazu *Schikorski*, Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts, 1978, S. 246: „Gierkes Dialektik: Herrschaft – Genossenschaft“, sowie S. 28–29, 225–228, wonach die Verbandsperson („Korporation“) bei Gierke eine Einheit in oder trotz der Vielheit ihrer Mitglieder sei, weil sie beide zu einem „ambivalenten, gleichsam dialektischen Ganzen“ verbinde (sowohl Rechtssubjekt als auch Rechtsverhältnis). *Dilcher*, Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: Ein „Juristensozialismus“ Otto v. Gierkes?, in: *Quaderni Fiorentini* 3/4 (1974/75), S. 319–365, sieht einen „offenkundigen Einfluss der Hegel’schen Dialektik auf Gierkes Geschichtsdenken“ (ebenda, S. 332 mit Fn. 56). Nach Auffassung von *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. II/1, 1951, S. 156–157, zeichnet sich das Rechtsdenken Gierkes, seine Rechtsidee als die „Idee des Gerechten“, entscheidend durch eine „echt Hegelsche Synthese zwischen den beiden Polen des Soziallebens, Individuum und Gemeinschaft“ aus. *Böckenförde*, Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert, 2. Aufl. 1995, S. 147–176, sieht im Denken Gierkes „das Erbe Hegels unverkennbar lebendig“ (S. 155 mit Fn. 44), dennoch ist für ihn die Dialektik Hegels erst durch das Immanenzdenken Schellings bei Gierke „in eine stabilisierende Ruhelage gebracht“ (S. 156). *Wolf*, Große Rechtsdenker, 4. Aufl. 1963, S. 693–697, meint im Gegensatz dazu, in der Lehre von der „Realität der Verbandsperson“ weniger eine Nähe zu Hegels Dialektik als zu Schellings Organismuslehre und dessen metaphysischem Idealismus zu erkennen. Nach *Janssen*, ZRG GA 122 (2005), 352, 360–366, wiederum geht Gierkes philosophisches Denken vermittelt über *Dilthey*, Einleitung in die Geisteswissenschaften, 1883, auf das von Schleiermacher zurück (ebenda, S. 362; sowie *ders.*, Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1974, S. 181–188, 203–209, und öfter). *Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 6, Fn. 1, selbst verweist in Bezug auf seinen „Gedanken der realen Gesamtpersönlichkeit“ und damit für die reale Verbandsperson als ein organischer Verband (auch) auf die Rechtsphilosophie Hegels. Dazu *Larenz*, Hegels Dialektik des Willens und das Problem der juristischen Persönlichkeit, in: *Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1931 (1972), S. 733, 760–767, 776 (und öfter). Den Einfluss der „Hegelschen Dialektik“ auf die Rechtsfiguren der realen Verbandsperson, aber auch der Gesamthand, einer genaueren Be-

ses Diktum wirkt dabei auf den ersten Blick durchaus schlagend, es sieht geradezu so aus, als sei es nicht zu widerlegen, sodass die Suche nach dem „noch immer unbekanntem Wesen“ der Gesamthand wie ein vergebliches „Mysterienspiel“ anmutet.<sup>26</sup> Das gilt umso mehr, als sogar Gierke selbst in Bezug auf die Rechtsfigur der Gesamthand überlegt, wie es denn überhaupt möglich sein könne, „dass eine Personenmehrheit, wenn sie doch Mehrheit bleibt, sich so vielfach im Sinne einer Einheit geltend macht“.<sup>27</sup>

Eine überzeugende Antwort darauf bleibt auf den ersten Blick auch Gierke schuldig, zumindest ist es selbst namhaften Autoren in der Rechtswissenschaft bis heute noch immer nicht gelungen, die Rechtsnatur der Gesamthand, so wie Gierke sie sich vorstellt, zu ergründen und verständlich darzustellen. Was Gierke unter dem Begriff der Gesamthand versteht, wie er sie als eine Rechtsfigur des deutschen Rechts entwirft, findet sich indes durchaus bei ihm, nur ist dieser erst mühsam aus sehr vielen Einzelteilen zusammenzufügen. Die diversen Stücke, aus denen sich gleichsam Gierkes Bild von der Gesamthand zusammensetzt, sind über seine zahlreichen und umfangreichen Schriften zum deutschen Genossenschaftsrecht und zum deutschen Privatrecht verstreut und dort auch noch geradezu versteckt, sodass sie und damit das „Wesen“ der Gesamthand bei Gierke bis heute unentdeckt geblieben sind. Es erstaunt deshalb auch nicht, dass, obschon „die Arbeiten Otto v. Gierkes“ allgemein für das Verständnis der Gesamthand als „grundlegend“ erachtet werden, ihr Verständnis trotzdem „von jeher große Schwierigkeiten bereitet“ hat und in der Folge davon „die Fülle der unterschiedlichen Meinungen“ dazu „fast unabsehbar“ ist und es immer noch nicht geschafft wurde, die Figur der Gesamthand im geltenden Recht als das zu erfassen, was sie ist.<sup>28</sup>

---

trachtung zu unterziehen, wäre sicherlich reizvoll. Dieser ideengeschichtliche Hintergrund Gierkes ist jedoch für das Verständnis der Gesamthand und der Verbandsperson und damit für den Gegenstand dieser Arbeit nicht zwingend erforderlich. Den Schlüssel zu Gierkes Sicht auf seine germanistischen Rechtsfiguren bildet vielmehr Samuel von Pufendorf und dessen Lehre von den *entia moralia* sowie das stoische Immanenzdenken, die Relation des Ganzen zu seinen Teilen. (Dazu sogleich).

<sup>26</sup> Zitate: *Ulmer*, AcP 198 (1998), 113; *Weber-Grellet*, AcP 182 (1982), 316. Auch für *Schulte*, in: FS für Großfeld, 1999, S. 1075–1087, ist die Figur der Gesamthand ein „Mysterium“, weshalb die „alte, ‚echte‘ Gesamthandstheorie (...) ohne einen Rest von Mystik anscheinend nie wird auskommen können“ (S. 1087). Die Gruppenlehre Flumes und der heute ganz h. M., als neue Gesamthandstheorie, die in der Gesamthand ein Rechtssubjekt sieht, ist für Schulte deswegen überhaupt keine Gesamthand mehr.

<sup>27</sup> *Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 927. Für ihn ist die Gesellschaft als eine Gesamthand zwar (stofflich) „eine andere“, „sobald ein Gesellschafter ausscheidet oder hinzutritt“, da die Gesellschaft „ja in subjektiver Beziehung mit der Summe der Gesellschafter zusammenfällt“, aber dennoch „in jeder Beziehung in ihrer objektiven Einheit fortbesteht“ (S. 941).

<sup>28</sup> *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 9 Rn. 72 (S. 185).

Der Schlüssel zum Verständnis Gierkes und seiner Gesamthand (aber nicht nur in Bezug auf sie) ist der Naturrechtler Samuel Pufendorf und dessen Lehre von den *entia moralia*.<sup>29</sup> Dieser differenziert zwischen der physischen Welt, einer Welt, die der Mensch allein über seine Sinne erfährt: den *entia physica* (physische Wesenheiten), und der moralischen Welt, der idealen, da nur gedachten Welt des Rechts, die ausschließlich im menschlichen Denken existiert: den *entia moralia* (moralische Wesenheiten).<sup>30</sup> Während der Mensch in die sinnlich wahrnehmbare Welt gehört und dort ein *ens physicum* ist, hat (!) er in der Welt des Rechts ein Rechtssubjekt (*ens morale*), eine moralische Person (*persona moralis*). Der einzelne Mensch oder vielmehr seine *persona moralis* ist nun nicht schon unmittelbar Träger von Rechten und Pflichten und insofern noch nicht voll und ganz ein Rechtssubjekt, sondern nur und erst ergänzt um einen *status*, den sie, vorgestellt als Raum, in der Welt des Rechts mit Notwendigkeit einnimmt. Der *status* ist gewissermaßen eine „Hülle“, die die *persona moralis* vollkommen umgibt.<sup>31</sup> Diese Hülle ist jedoch insofern transparent, als Rechtsbeziehungen, die von außen auf den *status* treffen, jenen durchdringen, ihn passieren und so bis zur *persona moralis* im Inneren als dem eigentlichen Rechtsträger (= Zuordnungsendpunkt) gelangen.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 668 mit Fn. 23, wonach die „moralische Person“ im Naturrecht „nichts als eine kollektive Personeneinheit“ und demnach eine Gemeinschaft „im Sinne der gesamten Hand“ war; sowie S. 470, Fn. 8: „Dies hat schon Pufendorf erkannt (...). Es ist aber immer wieder vergessen worden.“ Dazu Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 1880, S. 192–194, und ders., Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 4., 1913, S. 415–420.

<sup>30</sup> Pufendorf, De jure naturae et gentium, 1672 (1998), Buch 1, Kapitel 1, § 1–23 (S. 13–25). Dazu Lipp, „Persona moralis“, „juristische Person“ und „Personenrecht“, in: Quaderni Fiorentini 11/12 (1982/83), S. 217, 223, der die Unterscheidung zwischen *entia physica* und *entia moralia* als grundlegend für das Gesamtwerk Pufendorfs einstuft; Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958, S. 19, erkennt darin sogar „eine geniale Leistung“ Pufendorfs, und betont, dass stets die moralischen Personen logisch scharf von den Menschen als ihre physischen Träger zu trennen sind (S. 29); Auer, Die Substanz der Freiheit, in: Gröschner/Kirste/Lembcke (Hrsg.), Person und Rechtsperson, 2015, S. 81, 84–85.

<sup>31</sup> Brecher, in: FS Hueck, 1959, S. 233, 248 (Zitat). Pufendorf, De jure naturae et gentium, 1672 (1998), Buch 1, Kapitel 1, § 6 (S. 15–16); Lipp, „Persona moralis“, „juristische Person“ und „Personenrecht“, in: Quaderni Fiorentini 11/12 (1982/83), S. 217, 231–233: „Der *status* (...) erfasst den Menschen als *Person* in einem bestimmten sozialen Stand. Erst *dieser Stand* vermittelt Rechte und Pflichten“ (Hervorhebung im Original). Nach Denzer, Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf, 1972, S. 112, ist der *Stand* (d. h. *status*) „der Ort, wo es Recht und Verpflichtung geben kann“. Lutterbeck, Pufendorfs Unterscheidung von physischem und moralischem Sein und seine politische Theorie, in: Hüning (Hrsg.), Naturrecht und Staatstheorie bei Samuel Pufendorf, 2009, S. 19, 24–25; Hattenbauer, „Der Mensch als solcher rechtsfähig“, in: Klein/Menke (Hrsg.), Der Mensch als Person und Rechtsperson, 2011, S. 39, 51.

<sup>32</sup> Brecher, in: FS Hueck, 1959, S. 233, 248, beschreibt insofern treffend die OHG und damit *an sich* die Gesamthand selbst als einen „ambivalenten Verband mit transparenter Personenstruktur“. Transparent, da die „Zuordnungslinien“ (d. h. die Rechtsverhältnisse, weil bildlich vorgestellt als Verbindungslinien zwischen den Rechtssubjekten) „auf die

Eine *persona moralis* kann einen *status* in der Welt des Rechts aber nicht nur für sich allein einnehmen, vielmehr kann sie sich einen *status* auch mit mehreren anderen *personae morales* teilen.<sup>33</sup> Der gemeinsame *status* verbindet so die Personenmehrheit zu einer Personeneinheit, ist aber selbst kein Rechtssubjekt, da der *status* die Rechte und Pflichten bloß an die *personae morales* weiterleitet; ihnen kommen deshalb die Rechte und Pflichten *in Gemeinschaft*, weil über den gemeinsamen *status* vermittelt, zu. Das „Fürsichsein der einzelnen Menschen“ wird dadurch „in einem bestimmten Bereich“ aufgehoben und „durch Verbundenheit ersetzt“.<sup>34</sup> Die *personae morales* bilden eine „kollektive Personeneinheit“, sie sind eine Gesamthand.<sup>35</sup>

Da Gierke selbst dem juristisch geschulten Leser sein Bild von der deutschen Gesamthand nicht offenbart, der Begriff der Gesamthand aber ausschließlich über Pufendorf und dessen Lehre von den *entia moralia* zu verstehen ist, kann zwar sicherlich den Autoren, die sich mit der Rechtsfigur der Gesamthand bei Gierke auseinandergesetzt haben, sich zumindest redlich darum bemüht haben, nicht einmal vorgeworfen werden, das Wesen der Gesamthand in ihren Schriften (in aller Regel) verfehlt zu haben.<sup>36</sup> Das ändert jedoch nichts an dem

---

Hülle der Ganzheit“ (d. h. den gemeinsamen *status* als einen Raum im Recht, der die Gesellschafter als „Hülle“ umgibt) treffen, dort aber nicht enden, sondern sie durchdringen, „freilich nicht unverändert, sondern gleichsam gebrochen“, und so die dahinterstehenden einzelnen Mitglieder als die Zuordnungsendpunkte erreichen. Nach Brecher, S. 247–248, ist jedoch die OHG „mehr als Gesamthand und weniger als Rechtsperson“, weshalb er in ihr ein „Zwischengebilde“ und nicht eine Gesamthand sieht, eine solche ist für ihn allein die BGB-Gesellschaft. Die Gesamthand, das sind für Brecher, S. 249–250, mehrere Personen (d. h. Gesellschafter), die „wie eine Person“ erscheinen. Sie sind es jedoch nicht absolut, sondern selbst als Ganzheit von außen betrachtet bloß relativ zueinander. Die Gesamthand ist daher nach Brecher, S. 250, eine „relative Verbandsperson“.

<sup>33</sup> Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, 1672 (1998), Buch 1, Kapitel 1, §§ 12–13 (S. 19–20): „*persona moralis composita*“. Nach Lipp, „*Persona moralis*“, „juristische Person“ und „Personenrecht“, in: *Quaderni Fiorentini* 11/12 (1982/83), S. 217, 232, 237, ist die *persona moralis composita* die vertragliche Absprache verschiedener Individuen, einen gemeinsamen *status* zusammen einzunehmen. Sie ist deshalb „die Summe der Vielen in der Identität eines *status*“. Koschorke/Lüdemann/Frank/Matala de Mazza, *Der fiktive Staat*, 2007, S. 340, denen zufolge sich im Fall der *persona moralis composita* die Mitglieder (als *personae morales*) vertraglich einigen, „gemeinsam einen *status* anzunehmen“. Für Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, 1895, S. 668, Fn. 23, war daher die „moralische Person“ (*persona moralis composita*, Gierke, aaO., S. 462, sowie *ders.*, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 1880, S. 193, Fn. 195) eine „Gemeinschaft im Sinne der gesamten Hand“.

<sup>34</sup> Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, 1895, S. 660.

<sup>35</sup> Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, 1895, S. 676 (und öfter).

<sup>36</sup> Bei Wieacker, in: FS Huber, 1973, S. 339, 372, ist von der Erfahrung die Rede, „dass ausschließende Theoriebildungen in Wahrheit Entfaltungsstufen der Problemreflexion“ und deswegen auch heute „nicht vertane Arbeit sind, wenn sie mit der gleichen denkerischen Energie verfolgt werden, die den führenden Dogmatikern des 19. Jahrhunderts ihren Rang in der Rechtswissenschaft aller Zeiten sichern“. Dass Modelle und Hypothesen dabei aktuell selbst in der Rechtswissenschaft „im viel berufenen Sinn heutiger Wissenschafts-

Faktum, dass ihre Ausführungen zur Gesamthand allenfalls im Ansatz, wenn auch das überhaupt, imstande sind, etwas zum Verständnis der Gesamthand beizutragen, was nicht nur in Bezug auf die Figur der Gesamthand gilt, wie Gierke sie im 19. Jahrhundert und damit noch vor Inkrafttreten des BGB vor Augen hatte, sondern selbst in Bezug auf die des heute geltenden Rechts. Allein dort, wo dies der Fall ist, finden daher jene Autoren in dieser Arbeit Berücksichtigung. Daraus folgt zwangsläufig umgekehrt, dass in dieser Schrift vor allem und in Teilen sogar fast ausschließlich auf Gierke und dessen Werke abgestellt wird, ja allein auf sie zurückgegriffen werden kann und muss, um die Rechtsfigur der Gesamthand für das positive Recht von heute wirklich erschließen und fruchtbar machen zu können.

## *II. Der Grundirrtum der Gruppenlehre oder wo Flume Gierke missversteht*

Es überrascht infolgedessen zunächst einmal auch nicht, wenn sogar Flume mit seiner Gruppenlehre Gierke und dessen Rechtsfigur der Gesamthand fehlinterpretiert. Denn auch Flume ist unbekannt, dass Gierke seine Gesamthand auf der Basis von Pufendorf und dessen Lehre von den *entia moralia* konstruiert. Dass Flume in vermeintlicher Anknüpfung an Gierke in dessen Gesamthand, oder wie Flume es formuliert: „wir sagen: als Gruppe“,<sup>37</sup> jedoch ein Rechtssubjekt zu erkennen glaubt,<sup>38</sup> erstaunt trotzdem, stellt doch Gierke ausdrücklich für die „personenrechtlichen Gemeinschaften“, zu denen auch die „zur gesamten Hand“ gehört, fest: „Im Gegensatz zur Verbandsperson ist sie ein Rechtsverhältnis, kein Rechtssubjekt.“<sup>39</sup> Beide, Gesamthand und Verbandsperson, sind demgemäß „durch eine unüberbrückbare begriffliche Kluft getrennt“, und weil „Begriff“ bei Gierke für „Wesen“ steht, sind beide als Rechtsverhältnis (Gesamthand) bzw. als Rechtssubjekt (Verbandsperson) vollkommen wesensverschieden.<sup>40</sup> Demnach ist das, worin Flume fälschlicherweise eine Gesamthand zu sehen meint, tatsächlich eine Verbandsperson des deutschen Rechts.

Für seine Ansicht, wonach die Gesamthand als Gruppe und ausschließlich in diesem Sinn „als solche“ ein Rechtssubjekt ist,<sup>41</sup> stellt Flume allerdings allein auf die Aussage Gierkes ab, dass „kraft der gesamten Hand“ die „verbun-

---

lehren zu falsifizieren“ und nicht (mehr) „zu verifizieren“ sind, hebt Wieacker ebenfalls zu Recht hervor (S. 383).

<sup>37</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 55.

<sup>38</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 56: „Die Gruppe ist als solche Rechtssubjekt.“

<sup>39</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 660, 663.

<sup>40</sup> Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 339.

<sup>41</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 56.

dene Personenmehrheit als solche rechtsfähig“ ist, dennoch aber die „Rechte und Pflichten“, die sie haben kann, „keiner von den verbundenen Personen verschiedenen Verbandsperson (...) zustehen“. <sup>42</sup> Dabei setzt Flume den Begriff der Verbandsperson mit dem der juristischen Person gleich. <sup>43</sup> Das ist allerdings ein fatale Fehlinterpretation. Flume übersieht hier (aber nicht nur er), dass die von Gierke als Germanist geschaffene Verbandsperson des deutschen Rechts ein ganz bewusster Gegenentwurf zur juristischen Person ist, die Savigny als Romanist zuvor aus dem klassischen römischen Recht entwickelt hatte. <sup>44</sup> Deutsche Verbandsperson und juristische Person römischer Provenienz sind deswegen auch wesensverschieden. Während selbst eine „körperschaftliche juristische Person fortbesteht, auch wenn sie keine Mitglieder (mehr) hat“, <sup>45</sup> „endet“ automatisch, insofern *ipso iure*, eine körperschaftliche Verbandsperson (d. h. „Genossenschaft“) „auch schon durch Wegfall aller Mitglieder bis auf Eines“. <sup>46</sup>

Dass die Verbandsperson als Rechtssubjekt erlischt, wenn ihr ein menschlicher Verband, der sich aus zwei oder mehr Menschen als seine Mitglieder zusammensetzen muss, nicht mehr als ihr Substrat, oder als „tatsächliche Unterlage“, <sup>47</sup> zugrunde liegt, eine juristische Person als Rechtssubjekt davon aber völlig unberührt bleibt, folgt daraus, dass auch die Verbandsperson Einheit und Vielheit zugleich ist, die juristische Person im Gegensatz dazu aber ausschließlich eine Einheit, oder wie Savigny es ausdrückt: ein „ideales Ganzes“. <sup>48</sup> Die Verbandsperson ist dagegen ein reales Ganzes, da sie als Rechtssubjekt (d. h. als Einheit) in ihren Mitgliedern als ihren Teilen (= Vielheit) existiert

<sup>42</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 53, der wörtlich Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 682, zitiert.

<sup>43</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 55 mit Fn. 29, der sich dabei in Übereinstimmung mit Gierke wähnt.

<sup>44</sup> Meder, Doppelte Körper im Recht, 2015, S. 142, 173 (und öfter), wonach Savigny seine Rechtslehre „bekanntlich“ aus der klassischen römischen Jurisprudenz geschöpft und sich vor allem bei seiner Figur der juristischen Person als ein ideales Ganzes „auf die Korporationslehre der klassischen römischen Jurisprudenz“ gestützt hat. Dazu Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 241 mit Fn. (t): die „juristische Person“ als „fingierte persona“ im römischen Recht (und öfter). Meder, aaO., S. 54, der Gierkes Lehre von der realen Verbandsperson als einen „Kampf“ Gierkes „gegen alles Fiktive, Imaginäre oder ‚Unleibliche‘ in der Theorie von den Personenverbänden“ charakterisiert. Dazu Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 463–468 (und öfter), der ausdrücklich auf Savigny und dessen „juristische Person“ als „fingierte Person“ („wesenloser Schemen“, „Gespenst einer fingierten Person“) Bezug nimmt.

<sup>45</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 98, verweist hier auf Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 280, für den seinerseits „der Tod aller Mitglieder die Corporation“ nicht „notwendig auflösen“ muss, sofern „ihr ein dauernder Zweck, von öffentlichem Interesse, zum Grund liegt“.

<sup>46</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 558.

<sup>47</sup> Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 22.

<sup>48</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 243.

und insofern eine „immanente Einheit“ ist.<sup>49</sup> Sie setzt sich aus der Gesamtheit ihrer Mitglieder (= dem menschlichen Verband) zusammen und ist deshalb eine „zusammengesetzte Person“<sup>50</sup> oder auch „Gesamtperson“.<sup>51</sup> Als Ganzes ist sie demnach auf der einen Seite die Summe ihrer Teile. Da das Ganze aber zugleich von der Summe seiner Teile verschieden, wenn auch nicht getrennt ist, über sie hinausgeht und insofern selbständig ist, ist das Ganze und damit die Verbandsperson auf der anderen Seite zugleich auch mehr als die Summe ihrer Teile („Übersummativität“).<sup>52</sup>

Mit dieser Beschreibung der Verbandsperson knüpft Gierke an die „stoische Philosophie“ an.<sup>53</sup> Für Gierke ist der menschliche Verband und in der Folge davon auch seine Verbandsperson des deutschen Rechts ein „Gesamtkörper“, der sich aus „räumlich getrennten Einzelkörpern“ zusammensetzt (*corpus ex distantibus*).<sup>54</sup> Der „Verband“ ist danach „ein von der Summe seiner Teile verschiedenes Ganzes“, dem deshalb „eine körperliche Einheit“ beigelegt ist, zu der sich „die im Übrigen als selbständige Körper anerkannten Individuen“, also die räumlich getrennten Einzelkörper, „als Glieder“ verhalten.<sup>55</sup> Auf diese Weise stehen Gierke zufolge das Ganze und die Glieder in „doppelter körperlicher Einheit“ nebeneinander.<sup>56</sup>

Auch Flume hat dieses Bild von seiner ja bloß vermeintlichen Gesamthand vor Augen, sodass seine Gesamthand in Wirklichkeit eine Verbandsperson ist. Das wird daran sichtbar, dass für ihn die „Gesellschaft als Gruppe“, und weil die Gesellschaft „die ‚Urfigur‘ der Gesamthand an sich“ ist, die Gesamthand als solche, „in den Gesellschaftern existiert“.<sup>57</sup> Insofern fällt die Gesamthand als Ganzes (Einheit) mit den Gesellschaftern als der Summe ihrer Teile (Vielfalt) zusammen und ist doch von ihr als „zwar selbständige, aber immanente Einheit“ verschieden und bildet als ein solcher „Gesamtkörper“ (*corpus ex distantibus*),<sup>58</sup> oder wie es Flume nennt: „als Gruppe“, dann ausschließlich das Rechtssubjekt: „Die Gruppe ist auch als Rechtssubjekt nichts anderes als die Mitglieder in ihrer Verbundenheit.“<sup>59</sup>

<sup>49</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 906.

<sup>50</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 470, 473.

<sup>51</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 825.

<sup>52</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 825 (für die „Stadt“ im Besonderen), S. 906 (für die „deutsche Genossenschaft“ im Allgemeinen und damit für die reale Verbandsperson des deutschen Rechts); Koschorke/Lüdemann/Frank/Matala de Mazza, Der fiktive Staat, S. 58 (Zitat).

<sup>53</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3, 1881, S. 32.

<sup>54</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3, 1881, S. 32.

<sup>55</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3, 1881, S. 32–33.

<sup>56</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3, 1881, S. 33, Fn. 76.

<sup>57</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 2, 57.

<sup>58</sup> Zitate aus: Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 825, und Bd. 3, 1881, S. 32.

<sup>59</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 56–57.

Die Gesellschaft ist demgemäß für Flume als vermeintliche Gesamthand insofern alleiniger „Träger der gesamthänderischen Rechtsbeziehungen“ und nicht ihre Gesellschafter,<sup>60</sup> weil die Rechtsbeziehungen bei ihr als angebliche Gesamthand enden und daher nicht bis zu den einzelnen Gesellschaftern durchdringen.<sup>61</sup> Sie ist in diesem Sinn, wie Gierke es ausdrückt, „eine *selbständige* Einheit“.<sup>62</sup> Da die Gesellschaft als Gesamthand aber für Flume zugleich „in ihren Gesellschaftern existiert“,<sup>63</sup> ist sie auch eine in dieser Vielheit „*immanente* Einheit“,<sup>64</sup> die deshalb ohne ihre Gesellschafter als ihr Substrat (= Vielheit) nicht (fort-) bestehen kann und infolgedessen *ipso iure* erlischt, sobald nur noch ein Gesellschafter vorhanden ist.<sup>65</sup> Fällt die „tatsächliche Unterlage“ (d. h. der menschliche Verband) also weg,<sup>66</sup> hört demnach auch die Gesellschaft als vermeintliche Gesamthand automatisch auf, als Rechtssubjekt (und damit im Recht) zu existieren. Demnach ist aber die Gesamthand Flumes und damit der ganz h. M., die ihm darin als Gruppenlehre folgt, in Wirklichkeit eben nicht die deutsche Gesamthand Gierkes, sondern dessen Verbandsperson als juristische Person des deutschen Rechts.

Selbst um Flume und seine Gruppenlehre rechtsdogmatisch überhaupt im Ansatz erfassen und dadurch die heute ganz h. M. verstehen zu können, ist es demgemäß unverzichtbar, auf Gierke und seine Figuren der Gesamthand und der Verbandsperson abzustellen. Und weil Gierke beide Rechtsfiguren im Rückgriff auf Pufendorf und dessen Lehre von den *entia moralia* entwickelt hat, ist auch jener und seine Lehre stets in die dogmengeschichtliche Betrachtung sowie in die des geltenden Rechts einzubeziehen. Damit ergibt sich für diese Arbeit mit Notwendigkeit aber auch die Vorgehensweise, als Ausgangspunkt der eigenen Überlegungen stets Gierke und dessen Gesamthandsmodell sowie das der Verbandsperson zu wählen und erst darauf aufbauend in Auseinandersetzung mit Flume und dessen Gruppenlehre die Figur der Gesamthand im geltenden Recht zu entfalten.

<sup>60</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 93.

<sup>61</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 62, 90.

<sup>62</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 825 (Zitat).

<sup>63</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 94.

<sup>64</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 825 (Zitat).

<sup>65</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 99, der hier auf BGHZ 65, 79, 82–83 verweist; dort stellt der BGH, was Flume wortwörtlich zitiert, für den Fall, dass eine Einzelperson sämtliche Anteile an einer Gesellschaft von deren Gesellschaftern erwirbt, fest: „Sämtliche zur Mitgliedschaft gehörenden Rechte, Pflichten, Ansprüche und Schulden vereinigen sich, und da es im Recht der Personengesellschaften eine ‚Ein-Mann-Gesellschaft‘ nicht gibt, hört die Gesellschaft als solche auf zu bestehen.“

<sup>66</sup> Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 22 (Zitat).

### III. Die Schwierigkeit in der Auseinandersetzung mit der Gruppenlehre

Die Darstellung und Einbeziehung der heute ganz h. M. in diese Arbeit stößt dabei jedoch auf die Schwierigkeit, dass fast ausschließlich Flume den rechtsdogmatischen Unterbau der, wenn auch bloß vermeintlichen Gesamthand der heute ganz h. M. erarbeitet und aufgezeigt hat. Daher kann oftmals nur auf seine Schriften, daneben noch, zumindest vor allem, auf die von Peter Ulmer (und jetzt seinem Schüler Carsten Schäfer) sowie die von Karsten Schmidt, die als die Wegbereiter der „neuen Gesamthandslehre“ (d. h. der Gruppenlehre) und neben Flume als deren Zentralfiguren gelten,<sup>67</sup> zurückgegriffen werden, um das Gesamthandsmodell zu erschließen, so wie die ganz h. M. es heute als geltendes Recht auffasst. Es ist aus diesem Grund sicherlich auch kein Zufall, wenn K. Schmidt im Rückblick auf „Flumes Thesen“, die jener erstmals im Jahr 1972 mit dem Titel „Gesellschaft und Gesamthand“ veröffentlichte,<sup>68</sup> feststellt: „Flumes Thesen waren – auch auf Grund der dogmatischen Höhe des Textes – für die hierauf nicht vorbereiteten Leser nicht leicht verständlich. Sie werden auch heute mehr sekundär zitiert als substantiell wahrgenommen.“<sup>69</sup>

Die momentan ganz h. M. übernimmt demnach auch nicht wirklich die von Flume entworfene Dogmatik der Gesamthand als Gruppe, sondern allein dessen Ansatz, die Gesamthand sei ein Rechtssubjekt.<sup>70</sup> Da in ihren Augen „jedenfalls“ die OHG ein Rechtssubjekt in diesem Sinn ist, die OHG zugleich aber bloß eine kaufmännische GbR (und als solche eine Gesamthand), muss (!) für sie dann die GbR nicht nur ebenfalls ein Rechtssubjekt sein, vielmehr überträgt sie schon allein deswegen das Regelungsmodell der OHG einfach auf die BGB-Gesellschaft.<sup>71</sup> Die GbR ist infolgedessen für die heute ganz h. M. le-

---

<sup>67</sup> K. Schmidt, NJW 2001, 993, 995, der ausdrücklich Ulmer als den hervorhebt, der „den Siegeszug der ‚neuen Gesamthandslehre‘ befördert“ habe. Ähnlich nochmals K. Schmidt, AcP 209 (2009), 181, 189, und schließlich ZHR 177 (2013), 712, 714, wonach Werner Flumes folgenreiche Gesamthanddoktrin „erst durch Peter Ulmers bezwingende Kommentierung den ihr gebührenden Widerhall“ gewann.

<sup>68</sup> Flume, ZHR 136 (1972), 177–207. K. Schmidt, AcP 209 (2009), 181, 204, beschreibt, wie der Aufsatz buchstäblich seinen Weg in die ZHR gefunden hat (sehr lesenswert).

<sup>69</sup> K. Schmidt, NJW 2001, 993, 995. Es ist deshalb auch bezeichnend, wenn Ulmer, AcP 198 (1998), 113, schreibt, Flume habe mit seiner Gruppenlehre „in relativ kurzer Zeit die Köpfe – oder die Herzen(?) – der deutlichen Mehrzahl der Gesellschaftsrechtler erobert“.

<sup>70</sup> Dazu Mülbert, AcP 199 (1999), 38, 48–49, der deshalb die Notwendigkeit erkennt, die Rechtsfähigkeit der Gesamthand als „Gruppe“ auch „dogmatisch abzusichern“ und nicht bloß pragmatisch zu bejahen.

<sup>71</sup> BGHZ 146, 341, 346; Wilhelm, Sachenrecht, 5. Aufl. 2016, Rn. 177, Fn. 310, als Schüler Flumes bestreitet das und betont dagegen, die neue Gesamthandslehre bedeute nicht die bloße Übertragung des Regelungsmodells der OHG, sondern habe „die Figur der Gesamthand aus der Natur der Sache entwickelt“; Wertebuch, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000, S. 34–39 (37), für den sich das „Wesen“ (S. 33), die „Rechtsnatur“, von OHG und BGB-Gesellschaft als Ge-

diglich die „kleine Schwester der oHG“ (K. Schmidt).<sup>72</sup> Die „Mischung aus Desinteresse und Ratlosigkeit“,<sup>73</sup> auf die „Flumes Thesen“ zunächst gestoßen sind, ist daher selbst heute allenfalls oberflächlich überwunden, sodass insofern auch die Bezeichnung der heute ganz h. M. als Gruppenlehre zumindest ungenau, wenn nicht sogar falsch ist.

#### IV. Die Wiederkehr des Streits um die Rechtsnatur der juristischen Person

Indem Flume seine vermeintliche Gesamthand als ein Rechtssubjekt charakterisiert, das keine juristische Person sein soll, hat er, wenn auch unbewusst, die Auseinandersetzung um das Wesen, die Rechtsnatur, der juristischen Person zwischen Romanisten und Germanisten des 19. Jahrhunderts, hier vor allem zwischen Savigny und Gierke, wiederbelebt.<sup>74</sup> Für Flume stimmen seine angebliche Gesamthand und juristische Person darin überein, Rechtssubjekte zu sein. Sie sind in ihrer „Rechtzuständigkeit insofern gleichgestellt“, als bei bei-

---

samthandsgemeinschaften zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetz, dafür aber aus deren „deutschrechtlicher Gestaltung“ ergibt (S. 39). Die Verfasser des BGB haben demnach für die BGB-Gesellschaft das Gesamthandsprinzip, das schon für die OHG des ADHGB vor 1900 gegolten habe, als „ungeschriebenes geltendes Recht“ übernommen (S. 35; offengelassen in BGHZ 146, 341, 347).

<sup>72</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 60 III 2 e) (S. 1799); ders., NJW 2003, 1897, 1904.

<sup>73</sup> K. Schmidt, NJW 2001, 993, 995, verweist hier auf Fischer, ZGR 1979, 251, der zwar die Darlegungen Flumes als „immer originell und anregend“ lobt, die „den Leser durch ihre klare Gedankenführung in ihren Bann“ ziehen, ihm dennoch „nicht zu folgen vermag“, da die Gesamthand als „Gruppe“, d. h. als Rechtssubjekt, „im geltenden Recht keine ausreichende Grundlage“ finde (Fischer, aaO., S. 257).

<sup>74</sup> Auch deshalb hat der Streit um „Wesen“ und „Theorie“ der juristischen Person durchaus selbst im BGB von heute immer noch seine immense Bedeutung und ist demnach nur scheinbar „abgeklungen“ (so jedoch Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, S. 133). Für „das Tagewerk der Juristen“ ist es sicherlich nicht „notwendig, alle Probleme, die sich hinter einer Rechtsfigur verbergen, wieder und wieder zu reflektieren“, was allerdings erst dann zutrifft, wenn jene auch wirklich „zu einer handhabbaren Kategorie geworden“ ist (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 8 II 1 [S. 186–187]). Wenn die „heute ganz h. M.“ die Aufgabe der juristischen Person als „rechtstechnischen Kunstgriff“ allein darin sieht, ein Sondervermögen zu einem Träger eigener Rechte und Pflichten, also zu einem Rechtssubjekt (= Person), zu verselbständigen und dadurch die Haftung der Mitglieder auf dieses Sondervermögen zu beschränken (Reuter, in: MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2015, vor § 21 Rn. 2, im Anschluss an Wieacker, in: FS Huber, 1973, S. 339, 358–359, 345, 346), erkennt Brecher, in: FS Hueck, 1959, S. 233–234, in dieser „Technisierung des Begriffs der juristischen Person“ (so K. Schmidt, aaO., S. 186) zu Recht eine „Verarmung“, wenn er beklagt: „Die Diskussion um die Rechtsperson“ (d. h. um die juristische Person) „ist erstarrt; wäre es noch ein Stellungskrieg!, aber man hat sich arrangiert, einen modus vivendi gefunden für den Tagesgebrauch; der Ernst, mit dem einst die Banner der Theorien entrollt wurden, ist einem pragmatischen common sense gewichen.“ Dazu Buck, Wissen und juristische Person, 2001, S. 210–212; Teubner, KritV 1987, 61–85, wonach sich für das „Wesen“ der juristischen Person heutzutage „niemand mehr interessieren“ will (ebenda, S. 61).

den die Einheit als solche, d. h. die Gesamthand bzw. die juristische Person, und nicht das einzelne Mitglied „Träger der Rechtsbeziehungen“ und demnach das Rechtssubjekt ist.<sup>75</sup> Während nun aber für Flume seine angebliche Gesamthand als Rechtssubjekt „in ihren Gesellschaftern existiert“ und sie insofern deshalb eine Einheit in der Vielheit und demnach eine „zwar selbständige, aber immanente Einheit“ (Gierke) ist, ist die „juristische Person als Rechtssubjekt in ihrer Existenz gegenüber den Mitgliedern verselbständigt“ und demgemäß ausschließlich eine Einheit, ein „ideales Ganzes“ (Savigny).<sup>76</sup>

Vor diesem Hintergrund ist dann auch die Aussage des BGH in seiner Entscheidung, mit der er sich der Gruppenlehre Flumes im Jahr 2001 ausdrücklich für die (Außen-) GbR anschloss, zu verstehen, dass die Rechtsfähigkeit der juristischen Person, so wie sie in den §§ 21, 22, 54 BGB zum Ausdruck kommt, im Gegensatz zu derjenigen der Gesamthand im Sinn Flumes darin besteht, „Träger von Rechten und Pflichten aufgrund eigener Rechtspersönlichkeit und damit ‚als solcher‘ und nicht als Gruppe ihrer gesamthänderisch verbundenen Mitglieder zu sein“.<sup>77</sup> Demgemäß existiert auch für den BGH die angebliche Gesamthand als Rechtssubjekt in ihren Mitgliedern (Gruppe) und hat insofern keine eigene Rechtspersönlichkeit. Sie ist also als Rechtssubjekt eine immanente Einheit in der Vielheit ihrer Gesellschafter, während die juristische Person als Rechtssubjekt aufgrund ihrer eigenen Rechtspersönlichkeit gegenüber ihren Mitgliedern verselbständigt ist und deshalb nicht in ihnen als Gruppe existiert.

Der Gegensatz, den Flume und im Anschluss daran auch der BGH beschreibt, ist aber nicht der zwischen Gesamthand und juristischer Person, sondern der zwischen der Verbandsperson des deutschen Rechts und der juristischen Person des römischen Rechts. Für Gierke ist die Verbandsperson „eine wirkliche, nicht bloß erdichtete Person“, da auch sie in ihren Mitgliedern existiert und insofern eine in ihnen immanente Einheit ist.<sup>78</sup> Die juristische Person römischer Provenienz ist demgegenüber für Gierke eine „bloß erdichtete Person“,<sup>79</sup> oder wie Savigny es ausdrückt, eine „fingierte Person“, da sie losgelöst von ihren Mitgliedern als Rechtssubjekt und damit als Person (im Recht) existiert.<sup>80</sup>

Auch der Unterschied zwischen Verbandsperson und juristischer Person und in diesem Sinn ihr Wesen erschließt sich über Pufendorf und dessen Lehre von den *entia moralia*. Pufendorf und im Anschluss an ihn auch Gierke dif-

<sup>75</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 93.

<sup>76</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 94; Zitate: Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 825; Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 243.

<sup>77</sup> BGHZ 146, 341, 347.

<sup>78</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 470.

<sup>79</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 470.

<sup>80</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 241, 243–244, 280.

ferenziert zwischen den Wesenheiten in der sinnlich erfahrbaren Welt, den *entia physica*, und denen in der Welt des Rechts, den *entia moralia*.<sup>81</sup> Die Verbandsperson des deutschen Rechts fußt für Gierke auf einer anfangs unverbundenen Menge von Menschen und insofern auf einer Vielheit, die sich in der sinnlich erfahrbaren Welt, der Tatsachenwelt, oder wie Gierke sie nennt, der „Erscheinungswelt“, zu einem menschlichen Verband und damit zu einer Einheit zusammengefügt haben.<sup>82</sup> Diesen menschlichen Verband erkennt das objektive Recht als Verbandsperson, d. h. als ein Rechtssubjekt an, indem es dem menschlichen Verband das „Recht der Persönlichkeit“, die Rechtsfähigkeit,<sup>83</sup> lediglich „beilegt“ und dadurch zu einem *ens morale*, einer *persona moralis*, erklärt.<sup>84</sup> Dieser Akt des objektiven Rechts ist in diesem Sinn nur „deklarativ“.<sup>85</sup>

Die Verbandsperson (*ens morale*) leitet sich demnach aus dem menschlichen Verband (*ens physicum*) ab, wohnt ihm als sein Attribut (*modus*) inne. Umgekehrt bildet der menschliche Verband in der sinnlich wahrnehmbaren Welt das Substrat oder die tatsächliche Unterlage für die Verbandsperson in der Welt des Rechts. Als Rechtssubjekt, das seinem menschlichen Verband immanent ist, kann die Verbandsperson daher *per se* nicht ohne einen menschlichen Verband auskommen. Und weil der menschliche Verband aus zwei oder mehr Menschen in der sinnlich wahrnehmbaren Welt besteht (*entia physica*), endet die Verbandsperson *ipso iure* als Rechtssubjekt (*ens morale*), sobald bis auf ein Mitglied alle anderen weggefallen sind. Als Ganzes und insofern als eine immanente Einheit vermag die Verbandsperson als Rechtssubjekt (*ens morale*) nicht ohne ihre Vielheit, die Summe ihre Teile (*entia physica*), aus denen sie sich sinnlich wahrnehmbar zusammensetzt, zu existieren.

Das Recht abstrahiert die Verbandsperson als „Rechtsbegriff“ aus dem menschlichen Verband und insofern aus der „Wirklichkeit“, als der menschliche Verband über die Menschen, die ihn als *entia physica* in der Tatsachenwelt real bilden, sinnlich wahrnehmbar und in diesem Sinn wirklich ist, sodass die Verbandsperson in der Tat eine „wirkliche Person“ ist.<sup>86</sup> Und weil sich die

<sup>81</sup> Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 308, Fn. 1: „(...) Allein das Recht ist ja in der Tat eine *Gedankenwelt*, welche sich mit der Welt des *Wirklichen* niemals vollkommen deckt (...)“ (Hervorhebung nicht im Original); *ders.*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 470 mit Fn. 8: „Das hat schon Pufendorf erkannt. (...) Es ist aber immer wieder vergessen worden.“

<sup>82</sup> Koschorke/Lüdemann/Frank/Matala de Mazza, Der fiktive Staat, S. 66; Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 268 (Zitat).

<sup>83</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 265.

<sup>84</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 471; so bereits *ders.*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 21–23.

<sup>85</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3, 1881, S. 97 (Zitat).

<sup>86</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 469–471; dazu Damm, AcP 202 (2002), 841, 864–866, der im Anschluss an Raiser, AcP 199 (1999), 104, 114, die „Realität juristischer Personen“ in der „dem Recht vorgegebenen sozialen und psychischen Wirklichkeit der gesellschaftlichen Kollektive“ erkennt.

vielen Menschen, die man sehen und anfassen kann, zu dem *einen* menschlichen Verband formieren und das objektive Recht den menschlichen Verband lediglich „kraft Rechtssatzes“ als „Person“ anerkennt, ist die reale Verbandsperson, was das betrifft, für Gierke durchaus zutreffend eine „zusammengesetzte Person“.<sup>87</sup>

Die juristische Person „entstammt“ im Gegensatz dazu als eine „fingierte Person“ weder ihrem menschlichen Verband noch „lebt“ sie in ihm.<sup>88</sup> Sie existiert in der Welt des Rechts vollkommen getrennt und losgelöst von ihrem menschlichen Verband in der sinnlich wahrnehmbaren Welt. Das objektive Recht erschafft zunächst einmal die juristische Person in der Welt des Rechts als einen reinen Rechtsbegriff (*nomen iuris*) und in diesem Sinn als eine „fingierte Person“<sup>89</sup> und „künstlich angenommenes Subjekt“<sup>90</sup> und ordnet dieses erst im Anschluss daran einem menschlichen Verband als ihrem vermeintlichen Träger, als Substrat der juristischen Person, in der sinnlich erfahrbaren Welt zu. Dieser Akt des objektiven Rechts ist demnach „durch und durch konstitutiv, nicht deklarativ“.<sup>91</sup> Doch selbst in der Folge davon bleibt dann die juristische Person auch weiterhin in ihrer Existenz als Rechtssubjekt (*ens morale*) von dem menschlichen Verband (*ens physicum*), ihrem bloß scheinbaren Substrat, völlig getrennt und unabhängig, sodass ihr „eigentliches Wesen“ als ein „künstlich angenommenes Subjekt“ von ihrem Substrat überhaupt nicht beeinflusst wird.<sup>92</sup> Die juristische Person kann deshalb nicht nur unverändert als Rechtssubjekt fortbestehen, wenn sämtliche Mitglieder später weggefallen sind, vielmehr ist sie schon von vornherein nicht einmal auf ein einziges Mitglied angewiesen.<sup>93</sup> Die Stiftung als mitgliederlose juristische Person und damit als eine Anstalt ist demgemäß „die juristische Person in Reinkultur“.<sup>94</sup> Denn nur, wenn ihr Substrat nicht wirklich ein menschlicher Verband ist, vermag die juristische Person als gedankliche Rechtsfigur die Stiftung (als Anstalt) in sich aufzunehmen.<sup>95</sup>

Damit ist aber unverkennbar, dass, anders als es die heute ganz h. M. annimmt, der Streit zwischen Romanisten (Savigny) und Germanisten (Gierke) im 19. Jahrhundert um das Wesen der juristischen Person keineswegs „ohne

<sup>87</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 470–471, 473.

<sup>88</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3, 1881, S. 106.

<sup>89</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 241.

<sup>90</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 239.

<sup>91</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3, 1881, S. 96–97 (Zitat).

<sup>92</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3, 1881, S. 106.

<sup>93</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 244, Fn. (b) („Stiftung“).

<sup>94</sup> Rittner, in: FS Hüffer, 2010, S. 843, 850. Ähnlich Brecher, in: FS Hueck, 1959, S. 242, wonach die Stiftung „juristische Person reinster Form“ ist, „ein bloßes Gedankending, dem in der Wirklichkeit nichts entspricht“.

<sup>95</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3, 1881, S. 106.

Bedeutung“ oder gar „hoffnungslos“ ist,<sup>96</sup> sich jener auch nicht „als unlösbar“ erwiesen hat.<sup>97</sup> Die Verbandsperson des deutschen Rechts, so wie Gierke sie entwirft, ist als Rechtssubjekt (*ens morale*), das mit Notwendigkeit in den Mitgliedern (*entia physica*) existiert, „zwar eine selbständige, aber immanente Einheit“ und deshalb von ihren Mitgliedern verschieden, aber eben nicht getrennt. Das unterscheidet sie diametral von der juristischen Person (des römischen Rechts), die als reiner Rechtsbegriff (*nomen iuris*) und insofern als „fingierte Person“ und „künstlich angenommenes Subjekt“ in der Welt des Rechts (*ens morale*) völlig losgelöst (d. h. getrennt und nicht bloß verschieden) von ihren Mitgliedern in der sinnlich erfahrbaren Welt (*entia physica*) besteht.<sup>98</sup>

### *V. Gesamthand und juristische Person als doppelter Gegenstand dieser Arbeit*

Die ganz h. M. als Gruppenlehre deutet ihre vermeintliche Gesamthand als Verbandsperson und damit als juristische Person des deutschen Rechts fehl, gleichzeitig ist die Rechtsnatur der juristischen Person selbst heute im BGB immer noch nicht zutreffend erfasst. Daher sind neben der Rechtsfigur der Gesamthand auch die der Verbandsperson und der juristischen Person in die Untersuchung der Gesamthand im geltenden Recht, die ursprünglich allein Aufgabe dieser Arbeit sein sollte, einzubeziehen. Da die Verbandsperson, wie gesagt, die juristische Person des deutschen Rechts ist, ergibt sich der doppelte Gegenstand dieser Schrift als „Gesamthand und juristische Person“. Und insofern ist dann zunächst einmal auch der Aussage von Thomas Raiser zuzustimmen, dass

<sup>96</sup> Auch für Brecher, in: FS Hueck, 1959, S. 233, ist die Auseinandersetzung über die Rechtsnatur, oder das Wesen, der juristischen Person bloß „vermeintlich unfruchtbar und akademisch“; a. A. jedoch die heute ganz h. M.: Weick, in: Staudinger, BGB, 2005, Einleitung zu §§ 21 ff. Rn. 4 (Zitate); Mansel, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, vor § 21 Rn. 2, wonach die Theorien zum Wesen der juristischen Person „für die praktische Rechtsanwendung nutzlos“ sind und „ihr Erklärungswert gering“ ist; für Hadding, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2000, vor § 21 Rn. 8, haben „die im 19. Jahrhundert heftig umstrittenen Fragen zum ‚Wesen‘ der juristischen Person und die dazu entwickelten Theorien nicht nur für die Rechtspraxis, sondern auch für die systematische Rechtslehre weithin an interessierendem Gewicht“ verloren. Auch Flume, Die juristische Person, 1983, S. V, stellt in seinem Vorwort fest: „Mit der Theorie der juristischen Person weiß man nichts Rechtes mehr anzufangen.“ Nach Bachmann, Private Ordnung, 2006, S. 114, ist der Streit um die „Rechtsnatur“ der juristischen Person in Deutschland nur durch die vom positiven Recht nicht ausdrücklich entschiedene Frage nach der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft und der Vorgesellschaft (beide sind Gesamthandsgemeinschaften) „am Leben erhalten“ worden. Heute könnten beide Fragen aber „als erledigt betrachtet werden“. Das stimmt freilich nicht.

<sup>97</sup> Raiser, AcP 199 (1999), 104, 105.

<sup>98</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 239, 241 (Zitate).

„der gegenwärtige Disput um die Rechtsnatur der Gesamthand (...) der Sache nach auch ein Disput um die Rechtsnatur der juristischen Person (ist). Wer meint, diese Diskussion sei überholt, glaubt an ein Trugbild. Im Gegenteil kommt *alles* darauf an, sich erneut auf Begriff und Sinngehalt der Figur der juristischen Person zu besinnen, denn nur von einer solcher Grundlage aus kann es gelingen, auch im Streit um die Rechtsnatur der Gesamthand und um die Subsumtion der Vereinigungsformen des Privatrechts unter beide Figuren weiterzukommen. Dies ist das Ziel der folgenden Überlegungen.“<sup>99</sup>

Dabei missversteht aber auch Raiser sowohl die Rechtsnatur der Gesamthand als auch die der juristischen Person im BGB.<sup>100</sup> Er sieht zwar nicht dem Namen, so aber der Sache nach gleichermaßen in Gesamthand und juristischer Person (auch des BGB) eine Verbandsperson des deutschen Rechts, ohne sich dessen freilich bewusst zu sein.<sup>101</sup> Die Gesamthand ist für ihn in der Folge davon als Rechtsfigur heute neben der juristischen Person „funktionslos und überflüssig geworden“, sie sei als „rechtsdogmatische Kategorie“ deshalb aufzugeben: „Ihre Geschichte ist am Ende.“<sup>102</sup> Um im Gegensatz dazu aber aufzuzeigen, dass die Geschichte der Gesamthand keinesfalls an ihrem Ende angekommen ist, die germanistische, insofern die deutsche Gesamthand vielmehr für die Rechtsfigur der juristischen Person im geltenden Recht sogar unverzichtbar ist, darf sich die Aufgabenstellung dieser Arbeit nicht auf die Gesamthand beschränken, sondern hat zwingend die juristische Person zu umfassen.

Die juristische Person von heute (und nicht nur die des BGB) ist die juristische Person, die Savigny aus dem klassischen römischen Recht entwickelt hat. Als fingierte Person entsteht sie erst und ausschließlich durch einen staatlichen Akt, der deshalb konstitutiv und nicht bloß deklarativ ist. Die körperschaftliche juristische Person (als Verein, Genossenschaft, AG oder GmbH) tritt je-

<sup>99</sup> Raiser, AcP 199 (1999), 104, 105–106, 107; ihm folgend Palm, Person im Ertragsteuerrecht, 2013, S. 33, der dabei völlig zu Recht betont, dass die Gesamthandslehre Gierkes niemals losgelöst von der Rechtsfigur der realen Verbandsperson, der Theorie der realen Verbandspersönlichkeit, verstanden werden kann.

<sup>100</sup> Raiser, AcP 199 (1999), 104, 107, 143–144; *ders.*, in: FS Zöllner, 1998, S. 469, 479–480, 484, wonach die Gesamthand deshalb eine juristische Person ist, weil sie rechtsfähig ist. Denn das, was als Verband rechtsfähig ist, ist für ihn „im System des Zivilrechts und des BGB“ mit Notwendigkeit juristische Person. „Die Gesamthandsgesellschaft als rechtsdogmatische Kategorie ist daher funktionslos und überflüssig geworden. Ihre Geschichte ist am Ende.“ (S. 486); erneut *ders.*, ZGR 2016, 781, 795–796.

<sup>101</sup> Raiser, AcP 199 (1999), 104, 132–133, wonach die juristische Person „in keinem Fall ein Geschöpf des Rechts (ist), sondern der sozialen Wirklichkeit“, weswegen „das Recht sie also nicht hervorbringt, sondern immer schon vorfindet“. Für K. Schmidt, AcP 209 (2009), 181, 200–202, sind „Körperschaften“ (d. h. reale Verbandspersonen) „und Personen-Außengesellschaften vielleicht doch nur unterschiedlich verfasste juristische Personen“ und damit ein und dasselbe. Anders jetzt aber anscheinend K. Schmidt, ZIP 2014, 493, 497–498, wenn er den Unterschied zwischen der „Gruppe“ (d. h. der Gesamthand) und dem „korporativen Subjekt“ (d. h. der Körperschaft als juristischer Person) hervorhebt.

<sup>102</sup> Raiser, in: FS Zöllner, 1998, S. 469, 486.

doch im geltenden Recht auch schon zuvor als „Vorstufe“ dazu, als „werdende juristische Person“ oder stattdessen genauer als Vorgesellschaft, im Rechtsverkehr auf.<sup>103</sup> Ein solches „Vorleben“ hat indes allein die Verbandsperson des deutschen Rechts (Gierke), nicht aber die juristische Person des römischen Rechts (Savigny).<sup>104</sup> Die Aufgabe, dieses Vorleben der juristischen Person als das einer Verbandsperson zu simulieren, übernimmt im geltenden Recht die Figur der deutschen Gesamthand. Weil die Vorgesellschaft demgemäß eine Gesamthand ist, nehmen die Vorgesellschafter gemeinsam einen *status* ein, der ihnen als Zuordnungsendpunkte (= Rechtssubjekte) die Rechte, Forderungen und Schulden, die sie im Hinblick auf die angestrebte, zukünftige juristische Person erwerben und eingehen (§ 14 Abs. 2 BGB), vermittelt. Da sie zusammen und nicht die Vorgesellschaft als solche (d. h. als *ein* Rechtssubjekt) die vielen Rechtsträger sind, sind sie nicht nur gemeinschaftliche Schuldner (§ 733 Abs. 1 Satz 1 BGB), sondern auch jeder für sich allein, sodass die Vorgesellschafter nicht nur mit dem gemeinschaftlichen Vermögen, d. h. dem Gesellschaftsvermögen (§ 718 Abs. 1 BGB), für die gemeinschaftlichen Schulden einzustehen haben, sondern an sich zudem persönlich mit ihrem Privatvermögen (§ 128 Satz 1 HGB).

Diese persönliche Haftung ist jedoch in der Vorgesellschaft als der Vorstufe zur juristischen Person vorläufig suspendiert und erlischt erst dann endgültig, wenn die juristische Person tatsächlich durch den staatlichen Akt der Eintragung in ein öffentliches Register oder durch die Verleihung der Rechtsfähigkeit entsteht (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AktG; § 13 Abs. 2 GmbHG). Und weil der „vereinbarte Zweck“ der Vorgesellschaft darin besteht, dass die ins Auge gefasste juristische Person einmal in der Zukunft existiert, endet sie von selbst (*ipso iure*), sobald die angestrebte juristische Person vorhanden ist (§ 726 BGB). Zugleich gehen die gesamthänderischen Rechtsbeziehungen (§§ 718 Abs. 1, 733 Abs. 1 Satz 1 BGB) von den Vorgesellschaftern automatisch (*ipso iure*) auf die dann existente juristische Person über.

Allein, wenn man in der Vorgesellschaft eine Gesamthand erkennt, wird überhaupt erst verständlich, dass (und warum) Vorgesellschaft und juristische Person wesensverschieden sind und trotzdem die zuvor durch die Vorgesellschaft begründeten Rechte, Forderungen und Verbindlichkeiten *ipso iure* auf die juristische Person übergehen können, sobald jene durch den staatlichen Akt und damit gleichsam erst im Nachhinein als Rechtsträger entstanden ist.

<sup>103</sup> BGHZ 143, 314, 319; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 190; Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 11 Rn. 13. Diesen Begriff hat vor allem Rittner, Die werdende juristische Person, 1973, S. 319–337, in den rechtswissenschaftlichen Diskurs eingeführt. Koch, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 33 Rn. 36.

<sup>104</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 486 mit Fn. 18; ders., Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 132–136.

Wer dagegen wie die h. M. Vorgesellschaft und spätere juristische Person als wesensgleich, ja sogar als identisch ansieht,<sup>105</sup> leugnet den konstitutiven Charakter des staatlichen Akts und damit das Wesen der juristischen Person als eine „fingierte Person“ (Savigny).<sup>106</sup>

Dass aber die juristische Person im positiven Recht erst und ausschließlich mit dem staatlichen Akt entsteht und nicht schon vorab („keinen Augenblick früher“),<sup>107</sup> sich insofern die juristische Person römischen Ursprungs heutzutage durchgesetzt hat,<sup>108</sup> beweist nun mit Nachdruck der nichtrechtsfähige Verein i. S. des § 54 BGB. Als „Gesellschaft“ (so § 54 Satz 1 BGB) ist er eine Gesamthand (§§ 718 Abs. 1, 719 BGB). Die Mitglieder, oder genauer die Gesellschafter, sind aus diesem Grund sowohl gemeinschaftliche Schuldner als auch jeder für sich allein. Da die Gesellschafter bei einem nichtrechtsfähigen Verein aber schon von vornherein gar nicht erst anstreben, durch Eintragung oder Verleihung der Rechtsfähigkeit einen rechtsfähigen Verein (§§ 21, 22 BGB) und damit eine juristische Person entstehen zu lassen, eine juristische Person also niemals existiert, kann die persönliche Haftung in einem nichtrechtsfähigen Verein anders als bei einer Vorgesellschaft, die als Vorstufe zur angestrebten juristischen Person gleichfalls eine Gesamthand ist, nicht bloß *vorläufig* suspendiert sein.

Ein Ausschluss der persönlichen Haftung im nichtrechtsfähigen Verein wäre dann allerdings dauerhaft und würde in der Folge davon aus der Gesamthand ein Rechtssubjekt machen, das alleiniger Rechtsträger wäre, indem jener sich vor seine Mitglieder schieben und sie dadurch vor den Rechtsverhältnissen zu außenstehenden Dritten abschirmen würde. Der nichtrechtsfähige Verein wäre mit anderen Worten eine Verbandsperson des deutschen Rechts, die es im BGB jedoch als Rechtsfigur gerade nicht gibt. Das übersieht die ganz h. M., wenn sie zumindest bei einem nichtrechtsfähigen Verein, der einen ideellen Zweck verfolgt (vgl. § 21 BGB), eine persönliche Mitgliederhaftung ausschließt.<sup>109</sup> Dadurch ist aber die Grenze zwischen juristischer Person und Verbandsperson verwischt und droht infolgedessen selbst aus der juristischen Person des BGB eine Verbandsperson des deutschen Rechts zu werden. Dem-

<sup>105</sup> BGHZ 143, 314, 319; RGZ 143, 368, 372; RGZ 151, 86, 91; *Reuter*, in: MünchKommBGB, 7. Aufl. 2015, §§ 21, 22 Rn. 80, wonach die „ganz h. M.“ beide als Einheit ansieht; *Flume*, Die juristische Person, 1983, S. 149 („das gleiche Rechtsgebilde“); *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 35 Rn. 120 („Identitätstheorie“); *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 741 („identisch“).

<sup>106</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 241.

<sup>107</sup> *Brodmann*, Aktienrecht, 1928, § 200 Anm. I a) (S. 100) (Zitat).

<sup>108</sup> *Meder*, Doppelte Körper im Recht, 2015, S. 43 („bis heute herrschend geblieben“).

<sup>109</sup> BGH, NJW-RR 2003, 1265, 1265; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 28 Rn. 10; *Leuschner*, in: MünchKomm-BGB, 8. Aufl. 2018, § 54 Rn. 42; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 42. Aufl. 2018, § 34 Rn. 54; *Weick*, in: Staudinger, BGB, 2005, § 54 Rn. 51; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 8 Rn. 65.

gemäß ist aber allein die Rechtsfigur der Gesamthand imstande, die juristische Person des römischen Rechts (Savigny) und damit die des BGB (und darüber hinaus) auf Dauer als solche im geltenden Recht zu erhalten. Die Rechtsfigur der deutschen Gesamthand ist aus diesem Grund für die juristische Person des geltenden Rechts geradezu unerlässlich. Auch das überzeugend aufzuzeigen, ist daher ebenfalls Zielsetzung dieser Schrift.

#### D. Zusammenfassende Thesen

Die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht im geltenden Recht darin, dass die vielen Gesellschafter und nicht die eine Gesellschaft die Träger der gesamthänderischen Rechtsbeziehungen sind. Die Gesellschafter als eine Vielheit haben Rechte, Forderungen und Schulden jedoch in Gemeinschaft und deshalb als eine Einheit (d. h. als eine Gesamthand), weil sie zusammen einen gemeinsamen *status* einnehmen. Dieser gemeinsame *status* umgibt die Gesellschafter gleichsam wie eine durchlässige Hülle. Die Rechte und Pflichten, die von außen auf den *status* treffen, durchdringen jenen, der sie daraufhin nach innen an die Gesellschafter als die Zuordnungsendpunkte (= Rechtssubjekte) weiterleitet. Die Gesamthand ist daher die Vielheit der Gesellschafter (als die Rechtsträger) in der Einheit des einen gemeinsamen *status*, den die Gesellschafter zusammen innehaben, und der ihnen die Fähigkeit verleiht, in Gemeinschaft Rechte und Pflichten zu haben („kollektive Rechtsfähigkeit“).<sup>110</sup>

Da sich die Verfasser des BGB nicht auf „das Wesen der gesamten Hand“ festlegen wollten, kommt dieses Gesamthandsmodell nur sehr fragmentarisch im Gesetz zum Ausdruck (§§ 718 Abs. 1, 719, 738 Abs. 1 Satz 1 BGB).<sup>111</sup> Um die Figur der Gesamthand im geltenden Recht sichtbar zu machen, reicht deshalb eine Analyse des positiven Rechts für sich allein nicht aus, vielmehr ist jene notwendigerweise um eine dogmengeschichtliche Betrachtung zu ergänzen. Für diesen Zweck ist auf die deutsch-rechtliche Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts in der Ausgestaltung zurückzugehen, die sie bei Otto von Gierke (1841–1921) als Germanisten gefunden hat. Seine Gesamthand hat Gierke dabei in Abgrenzung zu der ebenfalls deutsch-rechtlichen Verbandsperson entwickelt, die ihrerseits einen germanistischen Gegenentwurf zur juristischen Person des Romanisten Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) darstellt. Das deutsche oder auch germanische Recht im Allgemeinen und deshalb auch die Rechtsfiguren der Gesamthand und der Verbandsperson bei Gierke im Besonderen sind Konstruktionen der Germanisten des 19. Jahrhunderts.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 682 (Zitat).

<sup>111</sup> Protokolle, in: Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 990.

<sup>112</sup> Seif, ZRG GA 118 (2001), 302. Nach Lepsius, in: Historisch-kritischer Kommen-

Anders als der romanistische Zweig der historischen Rechtsschule haben die Germanisten ihr deutsches (und insofern germanisches) Recht nicht einfach nur in der Geschichte vorgefunden, es gleichsam dort fertig entdeckt, sondern es erst in der Auseinandersetzung mit dem in Deutschland rezipierten römischen Recht entwickelt.

Ein solches Vorgehen bot sich den Germanisten an, weil ein Nachdenken über den Prozess der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland unvermeidlich mit der Vorstellung einer Verschiedenheit von römischem (als „fremdem“) und einheimischem Recht verbunden war.<sup>113</sup> Nach Frank Schäfer sahen die Germanisten im rezipierten römischen Recht geradezu ihren „imaginären

---

tar zum BGB, 2013, §§705–740 Rn. 62–63, erhielt die Rechtsfigur der Gesamthand erst im späten 19. Jahrhundert durch Georg Beseler und Otto Gierke ihre „begriffliche Prägung“, weshalb auch sie in der Gesamthand „eine juristische Konstruktionsleistung der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts“ sieht. Nach *Schermer*, ZRG GA 118 (2001), 346, 351, ist die Gesamthand „schon“ ein „Konstrukt der Geschichtswissenschaft“, weshalb sie sich als Institution nicht unmittelbar aus einem Rechtsbegriff ergebe oder mit ihm identisch sei. *Schäfer*, Juristische Germanistik, 2008, S. 499, seinerseits attestiert Gierke eine „retrospektive Begriffsbildung“, die sich darin offenbare, dass er „an die mittelalterliche Welt juristische Maßstäbe des 19. Jahrhunderts“ angelegt und daher seine deutschen Rechtsfiguren „aus dem Horizont seiner Zeit heraus“ ausformuliert habe. Nach *Limbach*, Gesamthand und Gesellschaft, 2016, Rn. 488–509 (und öfter), ist zumindest die Rechtsfigur der „Gesellschaft“ erst in der Germanistik der „Mitte des 19. Jahrhunderts“ mit dem Begriff der „Gesamthand“ bezeichnet worden. Da es insofern zu einem „Begriffstransfer“ gekommen sei, stellt für ihn die Bezeichnung der Gesellschaft als eine Gesamthand „nicht mehr als einen Kunstbegriff“ dar (ebenda, Rn. 6). Sie habe „in Wirklichkeit keine historischen Vorbilder“ (ebenda, Rn. 473), sei insofern bloß „historisierende Fassade“, nicht aber wirklich „historisch“ (ebenda, Rn. 511). Den Grund dafür sieht er darin, dass nicht die sog. „altdeutsche Gesamthand“, sondern das Seehandelsrecht der italienischen Stadtstaaten im Mittelalter und in der Neuzeit das deutsche Gesellschaftsrecht geformt hat. Selbst wenn das so zutrifft, hat gewissermaßen erst recht Gierke die germanistische Gesamthand im 19. Jahrhundert ausgestaltet (ebenda, Rn. 469–473). Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass selbst Limbach im „altdeutschen Recht“ Wesensmerkmale von Gierkes deutscher Gesamthand wiedererkennt, was vor allem für die gesamthänderische Bindung (§ 719 Abs. 1 BGB) gilt (ebenda, Rn. 495–497), die auch für ihn „besonders charakteristisch für die alten Figuren der lehnrechtlichen und der eherechtlichen Gesamthand“ ist (ebenda, Rn. 505). Nur, weil bei diesen alten Gesamthandsgemeinschaften „Ansätze einer eigenen Subjektivität“ fehlten (ebenda, Rn. 507), im Handelsrecht der italienischen Stadtstaaten in Mittelalter und Neuzeit es aber mit „Firma“ und der „Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens“, zumindest „faktisch“, Ansätze für eine „Subjektivierung der Gesellschaft“ gab (ebenda, Rn. 507–508), geht Limbach von einem entscheidenden Einfluss des Handelsrechts der italienischen Stadtstaaten in Mittelalter und Neuzeit auf das deutsche Gesellschaftsrecht aus und nicht von einem Einfluss der altdeutschen Gesamthand. Die Gesamthand, die Limbach in der Rechtsgeschichte der Gesellschaft sucht, ist damit die der heute ganz h. M. (Gruppenlehre), die jedoch in Wahrheit nicht eine Gesamthand, sondern eine reale Verbandsperson ist. Insofern kann es durchaus sein, worauf es aber für die Zielsetzung dieser Arbeit nicht ankommt, dass Gierkes Gesamthand vielleicht doch „historische Vorbilder“ im altdeutschen Recht hat.

<sup>113</sup> *Luig*, „Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung“, in: Rückert/Willoweit (Hrsg.), Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, 1995, S. 95, 100.

Feind“.<sup>114</sup> In Bezug auf diese Auffassung der Germanisten im 19. Jahrhundert verweist Schäfer ausdrücklich auf *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 8–15, der in der „Aufnahme des fremden Rechts“ (d. h. des römischen) einen „Kampf“ erblickt, der bis in seine Zeit fort dauert.<sup>115</sup> Wenn Gierke für das „deutsche Volk“ ein „deutsches Recht“ fordert,<sup>116</sup> mutet eine solche Sprache heute wie ein „präfaschistischer Kampftruf“ an, der aber als ein solcher nicht gedeutet werden darf.<sup>117</sup> Auch Gierke ist aus seiner Zeit und Kultur heraus und in diesem Sinn historisch zu verstehen,<sup>118</sup> und zwar aus einer Zeit und Kultur, in der nationalsozialistischer Rassenwahn, zumal im Namen des deutschen Volkes, noch nicht zur deutschen Geschichte gehörte. Dass er gewiss kein Vorläufer des Nationalsozialismus war, belegt seine Ansicht, der Staat müsse stets ein Rechtsstaat sein, denn nur so verwirkliche sich die Rechtsidee im Staat und komme dadurch zu ihrem eigentlichen Ziel.<sup>119</sup> Demgemäß lehnt er einen Staat, dessen Herrschaft auf „Rassenunterjochung“ beruht und daher kein Rechtsstaat mehr ist, vehement ab.<sup>120</sup> Der Vorwurf des Rassismus trifft Gierke ferner auch schon allein deshalb nicht, da seine „Frau jüdischer Abstammung“ und er ein „Freund deutsch-jüdischer Gelehrter“ war.<sup>121</sup>

<sup>114</sup> Schäfer, Juristische Germanistik, 2008, S. 2. Darin fügt sich durchaus auch die Ansicht von *Limbach*, Gesamthand und Gesellschaft, 2016, Rn. 498–511 (und öfter), ein, wonach in Bezug auf die Rechtsfigur der Gesellschaft nicht die „altdeutsche Gesamthand“, sondern das Seehandelsrecht der italienischen Stadtstaaten in Mittelalter und Neuzeit auf das deutsche Recht der Handelsgesellschaft, vor allem auf das ADHGB von 1861, eingewirkt hat und sich die Gesellschaft (als Rechtsfigur) und die Gesamthand (als Begriff) erst in der „Mitte des 19. Jahrhunderts“ durch die Germanistik und schließlich (zumindest auch) über Gierke im BGB (und darüber im HGB) „begegnet“ sind. Selbst *Limbach*, aaO., Rn. 494–497, findet im „altdeutschen Recht“ indes im Ansatz die deutsche Gesamthand, die, wie es Gierke formuliert: „ein Rechtsverhältnis, aber kein Rechtssubjekt“ ist, und deren Wesen bei der BGB-Gesellschaft in der gesamthänderischen Bindung ihrer Gesellschafter (§ 719 Abs. 1 BGB) sichtbar zum Ausdruck kommt. Die Parallelen zwischen (alter) Gesamthand und der Gesellschaft des BGB von heute sind für *Limbach*, aaO., Rn. 495–497, allein deswegen „verblasst“, da er ebenfalls im Anschluss an die heute ganz h. M. (Gruppenlehre) in der BGB-Gesellschaft irrtümlich ein Rechtssubjekt sieht. Wenn sich aber „Ansätze einer eigenen Subjektivität“ in den „alten Gesamthandsgemeinschaften kaum identifizieren“ lassen, so *Limbach*, aaO., Rn. 507, spricht das *gegen* die h. M. und damit umgekehrt durchaus *für* und nicht *gegen* Gierke und seine *deutsche* Gesamthand. Das, was *Limbach* in der Geschichte insofern vermeintlich als eine Gesamthand, die ein Rechtssubjekt sein soll, sucht, ist in Wahrheit die reale Verbandsperson und nicht die (deutsche) Gesamthand (so eine der zentralen Thesen dieser Arbeit).

<sup>115</sup> Schäfer, Juristische Germanistik, 2008, S. 2.

<sup>116</sup> *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 25.

<sup>117</sup> *K. Schmidt*, Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht, 1987, S. 42.

<sup>118</sup> *K. Schmidt*, Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht, 1987, S. 42.

<sup>119</sup> *Gierke*, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, 1883, S. 1097, 1101–1102.

<sup>120</sup> *Gierke*, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, 1883, S. 1097, 1101–1102.

<sup>121</sup> So ausdrücklich *Dilcher*, Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: Ein „Juristenso-

Aus diesem Grund ist es absolut unbedenklich, heutzutage und damit auch in dieser Arbeit, an Gierke und seine deutsch-rechtliche Gesamthandslehre anzuknüpfen. Wenn in dieser Schrift die Rechtsfiguren der Gesamthand und der Verbandsperson als „deutsch“ (bzw. „germanisch“), die der juristischen Person im Gegensatz dazu als „römisch“ bezeichnet und insofern einander gegenübergestellt werden, geschieht das vollkommen wertneutral. Die Begriffe „deutsch“ und „römisch“ stehen dementsprechend auch nicht mehr, wie noch bei Gierke, für den Gegensatz „römisch-individualistisch, deutsch-sozial“.<sup>122</sup> Es soll damit also keinesfalls ausgesagt werden, dass das deutsche dem römischen Recht „moralisch überlegen, jedenfalls ‚sozialer‘ ist“, wie Otto Scherner zutreffend anmerkt und zudem darauf aufmerksam macht, dass wir, „wenn es überhaupt jemals eine spezifisch germanische Rechtsanschauung gegeben hat, (...) noch weit davon entfernt“ sind „zu wissen, wie diese aussah“.<sup>123</sup> Die Begriffe „deutsch“ und „römisch“ verweisen deshalb einzig und allein auf den ungleichen dogmengeschichtlichen Ursprung der Rechtsfiguren von Gesamthand, (realer) Verbandsperson (= Genossenschaft) und juristischer Person und dem divergierenden Rechtsdenken, auf dem sie jeweils fußen.

Das Modell der deutschen Gesamthand, und zwar nicht nur so, wie es Gierke zu seiner Zeit vor Augen hatte, sondern auch das, auf dem heute das positive Recht basiert, erschließt sich allein durch eine Zusammenschau mit den Rechtsfiguren der Verbandsperson des deutschen Rechts und der juristischen Person des römischen Rechts. Diese drei Assoziationsformen, die jede für sich in unterschiedlicher Form die Momente von Einheit und Vielheit in sich vereinen (oder auch nicht), bilden deshalb mit Notwendigkeit den Gegenstand dieser Arbeit und ziehen sich sozusagen als wiederkehrendes Motiv durch diese Schrift.<sup>124</sup> Die deutsche Gesamthand ist insofern eine Vielheit, als die vielen Gesellschafter die Rechtssubjekte sind, zugleich aber auch eine Einheit, als jene einen gemeinsamen *status* einnehmen, der ihnen zusammen eine kollektive Rechtsfähigkeit verleiht. Während die Gesamthand in diesem Sinn eine

---

zialismus“ Otto v. Gierkes?, in: Quaderni Fiorentini 3/4 (1974/75), S. 319, 349, 360; informativ dazu auch *Thieme*, in: FS Lübtow, 1980, S. 407–424, insb. S. 408–409.

<sup>122</sup> Nach *Krause*, JuS 1970, 313, 321, bezeichnen die Ausdrücke „germanisches“ und „deutsches Recht“ je nach Autor und Zeit dasselbe, oder es handelt sich beim „germanischen Recht“ um einen Oberbegriff für „deutsches Recht“. Germanisches Recht findet sich nach *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 79–83, „heute“ bei jedem „Kulturvolk“, ist „bei den übrigen germanischen Völkern (...) zum Teil sogar reiner als in Deutschland erhalten“ und selbst „bei den romanischen Völkern bildet es ein Stück ihrer germanischen Erbschaft“. Der Begriff der „germanischen Nationen“ findet sich bereits bei Hegel, selbst dort steckt in den Worten „germanisch“ und „deutsch“ „kein Chauvinismus“ (*Taylor*, Hegel, 1978, S. 521).

<sup>123</sup> *Scherner*, ZRG GA 118 (2001), 346, 347.

<sup>124</sup> Als vierte Assoziationsform gehört an sich auch noch die *societas* dazu. Als reine Innengesellschaft ist sie jedoch *nach außen ausschließlich eine Vielheit* und nicht wie die Gesamthand auch eine Einheit.

Vielheit in der Einheit ist, ist umgekehrt die Verbandsperson des deutschen Rechts eine Einheit in der Vielheit, und zwar, indem sie ein Rechtssubjekt ist, das sich *aus* der Vielheit seiner Mitglieder zusammensetzt, und deswegen allein *in* dieser Vielheit ein Dasein als Rechtssubjekt hat. Sie ist insofern eine in der Vielheit „immanente Einheit“. <sup>125</sup> Die juristische Person des römischen Rechts ist im Gegensatz dazu im Recht ausschließlich eine Einheit, ohne dort zugleich auch eine Vielheit zu sein. Denn als Rechtssubjekt existiert sie, anders als die Verbandsperson des deutschen Rechts, nicht in ihren (ja bloß vermeintlichen) Mitgliedern, sondern völlig losgelöst von ihnen. Die Stiftung (als Anstalt) ist demnach die „juristische Person in Reinkultur“. <sup>126</sup> Die Verbandsperson ist demzufolge ein reales Ganzes, weil sie als Ganzes mehr, aber zugleich auch nicht etwas anderes als die Summe ihrer Teile ist, <sup>127</sup> während die juristische Person ein „ideales Ganzes“ (Savigny) ist, da sie als ein bloßes Gedankenbild, ein Bild im Geiste, etwas vollkommen anderes als ihre realen (aber nur vermeintlichen) Teile ist. <sup>128</sup>

Obschon nach allgemeiner Ansicht die Gesamthand des geltenden positiven Rechts ihre Ausgestaltung bei Gierke gefunden hat, <sup>129</sup> ist es Rechtsprechung und Schrifttum bis heute nicht gelungen, die Gesamthand Gierkes, ausschließlich in diesem Sinn ihr Wesen oder ihren Begriff, zu rekonstruieren. Das hat seine Ursache allein darin, dass Gierke seine Figuren des deutschen Rechts Gesamthand und reale Verbandsperson auf der Grundlage der von Samuel von Pufendorf (1632–1694) entworfenen Lehre der *entia moralia* aufgebaut hat, dieser unverzichtbare Schlüssel zum Verständnis von Gierkes

<sup>125</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 906.

<sup>126</sup> Rittner, in: FS Hüffer, 2010, S. 843, 850. Ähnlich Brecher, in: FS Hueck, 1959, S. 242, wonach die Stiftung „juristische Person reinsten Form“ ist, „ein bloßes Gedankending, dem in der Wirklichkeit nichts entspricht“.

<sup>127</sup> Für Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 466, ist der menschliche Verband eine „wirklich existierende Wesenheit“ und infolgedessen die Verbandsperson eine „reale Person“. Das Recht erkennt den menschlichen Verband, als einen „von der Summe der verbundenen Personen unterschiedenes einheitlichen Ganzes“, als rechtsfähig (d. h. als Person) an (ebenda, S. 469). Die Verbandsperson ist daher als Ganzes zwar „begrifflich verschieden von der Summe der Teile“ und doch ist sie „als Ganzes nicht denkbar ohne ihre Teile“. Sie ist insofern eine der „Gesamtheit immanente Einheit“ (Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 825, 826, 829, zunächst für die „Stadt“, dann für jede „Genossenschaft des deutschen Rechts“).

<sup>128</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 243–244, wonach das „Wesen und die Einheit“ der juristischen Person als ein „ideales Ganzes“ „durch den Wechsel einzelner, ja selbst aller, individuellen Mitglieder (...) nicht affiziert wird“ (mit ausdrücklichem Bezug auf D. 3, 4, 7, 2 [Ulpian]: „Bei Ratskollegien und anderen *universitates* macht es keinen Unterschied, ob die Mitglieder allesamt dieselben bleiben, ob bloß ein Teil von ihnen bleibt oder ob alle ausgewechselt sind. – *In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maeant an pars maneat vel omnes immutati sint.*“).

<sup>129</sup> Nach Lepsius, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2013, §§ 705–740 Rn. 62, erhielt die Gesamthand ihre „begriffliche Prägung“ bei Gierke, der dabei auf die Vorarbeiten von Beseler aufbaute. Siehe auch die Nachweise oben in Fn. 21 und 112.

Rechtsfiguren aber vollkommen unentdeckt geblieben ist. Das gilt zunächst einmal für die Verbandsperson als juristische Person des deutschen Rechts (Gierke), die nicht nur einen Gegenentwurf zu der des römischen Rechts (Savigny) darstellt, sondern auch das Gegenstück zur Rechtsfigur der Gesamthand bildet.<sup>130</sup>

Grundlegend für Pufendorfs Lehre von den *entia moralia* ist die gedankliche Differenzierung zwischen der sinnlich wahrnehmbaren Welt (*entia physica*), insofern der Wirklichkeit, und der bloß gedachten und insofern idealen Welt des Rechts (*entia moralia*). Erst auf dieser Basis erschließt sich die Rechtsfigur der Verbandsperson, so wie Gierke sie entwickelt hat. Und weil Gierkes Verbandsperson ein bewusster Gegenentwurf zur juristischen Person Savignys war, wird in diesem Kontext offensichtlich, dass der Streit zwischen Romanisten und Germanisten im 19. Jahrhundert um das Wesen, die Rechtsnatur, der juristischen Person insofern eine „Scheindebatte“ war,<sup>131</sup> als es das *eine* Wesen der juristischen Person überhaupt nicht gibt. Der Disput zwischen Germanisten und Romanisten kreiste vielmehr in der Sache einzig und allein darum, ob eine juristische Person mit Notwendigkeit auf einem menschlichen Verband in der sinnlich wahrnehmbaren Welt (*entia physica*) fußt, dieser sozialen Realität inhärent ist, sodass sie in der Welt des Rechts (*entia moralia*) nicht ohne ihren menschlichen Verband in der sinnlich erfahrbaren Welt zu existieren vermag, dann ist die juristische Person im Recht eine in der Vielheit „immanente Einheit“,<sup>132</sup> insofern ein reales Ganzes, und damit eine reale Verbandsperson (Gierke), oder ob sie in der Welt des Rechts davon völlig losgelöst vorhanden sein kann, dann ist sie im Recht ausschließlich eine Einheit, ein „ideales Ganzes“, und damit eine juristische Person des römischen Rechts (Savigny).<sup>133</sup> Erst und allein über Pufendorfs Lehre von den *entia moralia* erschließt sich demnach der Begriff der Verbandsperson, in deren Abgrenzung Gierke seine Gesamthand ausgearbeitet hat.

Für die Rechtsfigur der deutschen Gesamthand, so wie Gierke sie entworfen hat, ist überdies von entscheidender Bedeutung, dass in Pufendorfs Lehre von den *entia moralia* der einzelne Mensch als *ens physicum* in der Welt des Rechts eine Person (*persona moralis*) als ein *ens morale* hat, aber nicht ist. Diese *persona moralis* ist ausschließlich vermittelt über einen *status*, den sie, vorgestellt als ein Raum, in der Welt des Rechts einnimmt, fähig, Träger von

<sup>130</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 479–482 (und öfter); Laufs, 1968, 311, der jedoch die Verbandsperson („Körperschaft“) der Sache nach mit der Gesamthand gleichsetzt, wenn er auf Gierke, Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1889, S. 53, verweist und dort von der „personenrechtlichen Gemeinschaft“ die Rede ist, jene aber für Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 479, 663, die Gesamthand ist.

<sup>131</sup> Meder, Doppelte Körper im Recht, 2015, S. 57.

<sup>132</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 906 (Zitat).

<sup>133</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 243 (Zitat).

Rechten und Pflichten (d. h. ein Rechtssubjekt) zu sein. Eine *persona moralis* kann indes nach Pufendorf einen *status* nicht nur für sich allein, sondern auch zusammen mit anderen innehaben, sodass ihnen zusammen ein gemeinsamer *status* zukommt, der die gemeinschaftlichen und insofern gesamthänderischen Rechtsbeziehungen zu den außenstehenden Dritten an sie als die vielen Rechtsträger (= Zuordnungsendpunkte) weiterleitet. Die *personae morales* bilden mit anderen Worten eine Gesamthand. Erst und allein auf der Grundlage von Pufendorfs Lehre von den *entia moralia* wird offenbar, dass Flume und die gegenwärtig ganz h. M. (Gruppenlehre) mit ihrer Gesamthand als einer Gruppe lediglich vermeintlich an Gierkes Gesamthandslehre im 19. Jahrhundert anknüpfen und stattdessen ihre Gesamthand als eine Verbandsperson (= Genossenschaft), eine juristische Person des deutschen Rechts,<sup>134</sup> missverstehen, wenn sie in ihrer Gesamthand ein Rechtssubjekt sehen (wollen), das zwar in ihren Gesellschaftern (= Mitgliedern) existiert, selbst aber der alleinige Rechtsträger und damit eine in der Vielheit „immanente Einheit“ (d. h. eine reale Verbandsperson) ist.<sup>135</sup>

Einigkeit besteht darüber, dass die Gesamthand des geltenden Rechts auf Gierke zurückgeht und dort ihre aktuelle Ausgestaltung erfahren hat. Gierke hat seine Gesamthand und seine Verbandsperson als Figuren des deutschen Rechts anhand der von Pufendorf entworfenen Lehre der *entia moralia* entwickelt. Da diese Tatsache aber bis in die Gegenwart immer wieder verkannt worden ist, insofern also ein Desiderat in Bezug auf Gierke und die Rechtsfigur der (deutschen) Gesamthand besteht, darf eine dogmengeschichtliche Betrachtung nicht einfach erneut Gierkes Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts lediglich aufgreifen, vielmehr sind mit Notwendigkeit dessen diversen Werke erstmals unter diesem Blickwinkel zu durchleuchten.

Dieser methodische Ansatz ist demnach unverzichtbar, um Gierke und damit die Rechtsfigur der Gesamthand im BGB, aber auch darüber hinaus, erfassen zu können. Dennoch ist dieser Ansatz im Schrifttum bis jetzt nicht verfolgt worden, sodass das Schrifttum zunächst einmal zum Verständnis der Gesamthand im geltenden Recht nichts beizutragen vermag. Aus diesem Grund ist in dieser Arbeit zwingend Gierke nicht bloß an den Anfang, sondern in das Zentrum der Analyse der Gesamthandslehre im positiven Recht zu stellen. Dabei sind seine Aussagen zu den Figuren der Gesamthand und der Verbandsperson im Lichte der von Pufendorf ausgestalteten Lehre von den *entia moralia* zu deuten. Erst im Anschluss daran ist es überhaupt denkbar, zumindest dort, wo es sinnvoll ist, die Erkenntnisse des Schrifttums zur Gesamthand, vorausgesetzt sie sind in der Tat auch solche, in Gierkes Modell

<sup>134</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 469 mit Fn. 3, der den Begriff der „juristischen Person“ als „irreführend“ und „nichtssagend“ verwirft.

<sup>135</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, S. 56–57; ihm darin folgend BGHZ 146, 341, 344, 347; Zitat: Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 906 (und öfter).

einer deutschen Gesamthand einzubeziehen. Allein auf diese Weise kann es gelingen, die Aufgabe dieser Schrift zu erfüllen, den Begriff der Gesamthand, so wie er hinter dem geltenden Recht steht, aufzudecken und in diesem Sinn das „noch immer unbekannte Wesen“ der Gesamthand zu entschlüsseln.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> *Ulmer*, AcP 198 (1998), 113 (Zitat).



## Relevanz

## A. Die Kompatibilität von Gierkes Theorie einer deutschen Gesamthand mit dem positiven Recht

Einer „guten Theorie“ der Gesamthand kommt wie jeder „guter Rechtsdogmatik“ die „primäre Aufgabe“ zu,<sup>1</sup> das geltende Recht in sich umfassend abzubilden, sodass es eines Rückgriffs auf das positive Recht nicht mehr bedarf. Obschon ein rechtsdogmatisches Modell das Recht bloß beschreibt und insofern allein deskriptiv ist, erzeugt es doch einen Erkenntnisgewinn, der darin besteht, dass es das geltende Recht als ein System transparent und so das Recht als ein Ganzes überhaupt erst für den Rechtsanwender handhabbar macht. Diese „darstellende Aufgabe“ kann eine Theorie der Gesamthand, wie jede rechtsdogmatische Theorie, jedoch nur so lange erfüllen, „wie sie als Ausdruck und als Schlüssel zum Verständnis des geltenden Rechts dienen kann“.<sup>2</sup> Aus diesem Grund hat es überhaupt nur und erst dann einen Sinn, der Rechtsfigur der deutschen Gesamthand in einer dogmengeschichtlichen Betrachtung der Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts bei Gierke nachzugehen, wenn sich diese zumindest als These in das positive Recht einfügt, da sie nicht im Widerspruch dazu steht. Anderenfalls wäre das Modell einer deutschen Gesamthand für das geltende Recht zu verwerfen, und zwar unabhängig davon, ob auch die ganz h. M. als Gruppenlehre mit dem positiven Recht nicht wirklich zu vereinbaren ist.

*I. Der entscheidende Ansatz der h. M. als Gruppenlehre: Die OHG ist als eine Gesamthandsgesellschaft „jedenfalls“ ein Rechtssubjekt*

Die Figur einer deutschen Gesamthand, die, wie Gierke betont, „ein Rechtsverhältnis“, aber „kein Rechtssubjekt“ ist,<sup>3</sup> scheint sich nun allerdings, zumin-

<sup>1</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, §8 III 1 a) (S.197); Ulmer, AcP 198 (1998), 113, 134.

<sup>2</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, §8 III 1 a) (S.197).

<sup>3</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.1, 1895, S.660. Auch wenn an dieser Stelle zwar noch nicht von der Gesamthand, sondern ausschließlich von einer „personenrechtlichen Gemeinschaft“ die Rede ist, gilt Gierkes Aussage: „Rechtsverhältnis, kein Rechtssubjekt“ auch für die Gesamthand, da letztere lediglich eine Form dieser „personenrechtlichen Ge-

dest auf den ersten Blick, nicht in das geltende Recht einfügen zu wollen. Nach der heute ganz h. M. (Gruppenlehre) leitet sich aus § 124 Abs. 1 HGB ab, dass „jedenfalls“ die OHG ein Rechtssubjekt ist.<sup>4</sup> Da die OHG ihrerseits nichts anderes als eine kaufmännische GbR ist (vgl. § 105 HGB) und deswegen nicht nur zu einer OHG *wird*, sobald die Gesellschaft ein Handelsgewerbe betreibt (§ 105 Abs. 1, § 1 HGB), sondern vielmehr automatisch (*ipso iure*) eine OHG *ist*, muss in den Augen der heute h. M. auch schon die BGB-Gesellschaft ein Rechtssubjekt sein.<sup>5</sup> Wenn OHG und GbR als Gesamthandsgesellschaften in diesem Sinn eines Wesens sind und die OHG wirklich ein Rechtssubjekt ist, muss in der Tat auch die GbR ein Rechtssubjekt sein. Diese Beweisführung setzt jedoch zwingend voraus, dass es sich bei der OHG auch um ein Rechtssubjekt handelt.

An dieser Argumentation ist zunächst einmal durchaus richtig, dass die OHG als eine des Handelsrechts und die GbR als eine des bürgerlichen Rechts insofern wesensgleich sind, als für beide das „Rechtsprinzip der gesamten Hand (...) kernhafte Bedeutung“ hat.<sup>6</sup> Da bei der OHG als Handelsgesellschaft das „Rechtsprinzip der gesamten Hand“ lediglich „umfassender und kräftiger verwirklicht“ ist und sie daher den „Typus einer personenrechtlichen Gesellschaft zur gesamten Hand in vollkommener Durchbildung“ bildet, lassen sich „alle wesentlichen Unterschiede“ zwischen der Gesellschaft des Handelsrechts und der des bürgerlichen Rechts „auf ein Plus von gesamter Hand“ zurückführen.<sup>7</sup> Das bedeutet jedoch nicht, dass die OHG und mit ihr dann auch die GbR zwingend ein Rechtssubjekt sein muss, vielmehr können sie als Gesellschaften zur gesamten Hand auch bloß ein Rechtsverhältnis sein.

Dass die OHG „jedenfalls“ ein Rechtssubjekt ist, stellt demzufolge eine bloße, weil erst zu beweisende Annahme der ganz h. M. dar (*petitio principii*). Anders als es nun die ganz h. M. meint, folgt aber nicht mit Notwendigkeit aus § 124 Abs. 1 HGB eine Rechtssubjektivität der OHG. Die OHG ist nicht schon deshalb ein Rechtssubjekt, weil sie gemäß § 124 Abs. 1 HGB „unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden“ kann.<sup>8</sup> Der Begriff „offene Handelsgesellschaft“ kann durchaus

---

meinschaft“ ist (S. 663). Diesen Unterschied zwischen Körperschaft und Gesamthand betont bereits Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 924, wonach die Gesamthand als eine verbundene Personenmehrheit ein „subjektives Rechtsverhältnis“, aber „nicht Rechtssubjekt“ ist.

<sup>4</sup> BGHZ 146, 341, 346.

<sup>5</sup> Saenger, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 49.

<sup>6</sup> Gierke, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19 (1901), 114, 119.

<sup>7</sup> Gierke, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19 (1901), 114, 119; ders., Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 670.

<sup>8</sup> Nach Limbach, Gesamthand und Gesellschaft, 2016, Rn. 286, ist bereits im ADHGB das Handeln der OHG „unter ihrer Firma“ (so zunächst Art. 111 Abs. 1 ADHGB, jetzt § 124

nur eine Abkürzung (Abbeviatur) für die Gesellschafter als verbundene Personenmehrheit sein, die im Recht einen gemeinsamen *status* einnehmen und deswegen über ihre kollektive Rechtsfähigkeit gemeinsam und nicht jeder für sich Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen können. Für diese Auslegung des § 124 Abs. 1 HGB spricht schon allein seine systematische Stellung im Gesetz. So ist der Abschnitt („Titel“), zu dem § 124 Abs. 1 HGB gehört, als „Rechtsverhältnis der Gesellschafter“ und eben nicht der Gesellschaft „zu Dritten“ überschrieben. Der Ausdruck „Gesellschaft“ steht demnach bloß als Abbeviatur für die Gesellschafter (als Vielheit), um sie als eine Einheit (d. h. als eine Gesamthand) in den Rechtsverhältnissen zu Dritten zu kennzeichnen und damit im Gegensatz zur Stellung des einzelnen Gesellschafters für sich allein (vgl. § 128 Satz 1 HGB).

Eine Rechtsfähigkeit bedeutet nicht stets auch *ein* Rechtssubjekt. Vielmehr können *mehrere* Rechtssubjekte auch zusammen *eine* (kollektive) Rechtsfähigkeit innehaben. In diesem Sinn ist dementsprechend auch die Regelung des § 14 Abs. 2 BGB zu verstehen, wenn sie die „rechtsfähige Personengesellschaft“ als eine definiert, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Auch hier steht also der Begriff der Personengesellschaft für die Gesellschafter als eine Gesamtheit und „rechtsfähig“ für die eine kollektive Rechtsfähigkeit, durch die die vielen Gesellschafter zu einer Einheit verbunden sind.

Der Regelungsinhalt des § 124 Abs. 1 HGB erschöpft sich demzufolge in der Verpflichtung und der Berechtigung der Gesellschafter „unter ihrer gemeinschaftlichen Firma“ (§ 105 Abs. 1 HGB) und damit unter einem gemeinschaftlichen Namen im Rechtsverkehr aufzutreten (vgl. § 17 HGB).<sup>9</sup> Indem der BGH die Vorschrift des § 124 Abs. 1 HGB auf die BGB-Gesellschaft erstreckt hat, hat er sie deshalb nicht zu einem Rechtssubjekt gestempelt, sondern ihr lediglich, wie es schon bei der OHG der Fall ist, das Recht zuerkannt, als verbundene Personenmehrheit unter einem gemeinschaftlichen Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen zu können. Das unterscheidet die Personengesellschaften von den anderen Gemeinschaften zur gesamten Hand, wie die Gemeinschaft von Miterben (§ 2032 Abs. 1 BGB) und die eheliche Gütergemeinschaft (§ 1416 BGB), die dazu nicht befugt sind.

---

Abs. 1 HGB) eines der „zusammengefassten Gesellschafter“ und nicht der OHG als solcher (und deshalb auch nicht das der OHG als ein Rechtssubjekt).

<sup>9</sup> Vgl. Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 6: Das tatsächliche Auftreten der Gesellschaft unter einer gemeinschaftlichen Firma ist zwar keine Voraussetzung der OHG. Die Gesellschafter sind bereits dann eine OHG (und nicht eine GbR), sobald sie ein Handelsgewerbe betreiben, auch wenn sie nicht unter einem gemeinschaftlichen Namen auftreten, doch sind sie dann zum Firmengebrauch i. S. des § 105 Abs. 1 HGB verpflichtet.

## II. Die Rechtsfähigkeit der Gesamthand im Umwandlungs- und Insolvenzrecht

Auch das Umwandlungsrecht und das Insolvenzrecht unterstützen entgegen der h. M. nicht die Annahme einer Rechtssubjektivität von GbR und OHG.<sup>10</sup> Beide werden in § 191 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UmwG sowie in § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO einander lediglich gleichgestellt, was jedoch nicht zwangsläufig bedeuten muss, dass OHG und GbR auch tatsächlich Rechtssubjekte sind. Beide können als Gesamthandsgemeinschaften durchaus auch bloß „ein Rechtsverhältnis, kein Rechtssubjekt“ sein.<sup>11</sup> Eine OHG kann schon von vornherein ebenso wenig wie eine GbR derselbe Rechtsträger bleiben, wenn beide zu einer juristischen Person werden. Denn für die h. M. (Gruppenlehre) sind OHG und BGB-Gesellschaft als Gesamthand rechtsfähig, ohne eine juristische Person zu sein.<sup>12</sup> Eine Gesellschaft ist für sie im Gegensatz zu einer juristischen Person nicht aufgrund eigener Rechtspersönlichkeit und in diesem Sinn nicht „als solche“ Träger der Rechte und Pflichten, sondern „als Gruppe ihrer gesamthänderisch verbundenen Mitglieder“.<sup>13</sup> Personengesellschaft und juristische Person sind demnach wesensverschieden und können demnach nicht derselbe Rechtsträger sein. Eine identitätswahrende Umwandlung einer OHG oder BGB-Gesellschaft als Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft als juristische Person oder auch umgekehrt scheidet demnach selbst nach h. M. *per se* aus.<sup>14</sup> Der neue Rechtsträger ist also lediglich so anzusehen, als ob es immer noch der bisherige *wäre*, und zwar, damit sich die Rechtsverhältnisse, die be-

<sup>10</sup> So aber BGHZ 146, 341, 346, wonach die Gruppenlehre die identitätswahrende Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft nach § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG „ohne weiteres“, die traditionelle Auffassung „aber – wenn überhaupt – nur mit Mühe erklären“ kann. Auch die Tatsache, dass die GbR ebenso wie die OHG insolvenzfähig ist (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO), soll die Annahme ihrer Rechtssubjektivität „unterstützen“; *Schäfer*, in: MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 304; *ders.*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 19 Rn. 3; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 3 Rn. 11; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 49; *Mülbert*, AcP 199 (1999), 38, 50–67; so schon *Timm*, NJW 1995, 3209, 3210–3214 (3211), der daraus sogar die Aufgabe des „Dualismus von Gesamthand und juristischer Person“ zugunsten der juristischen Person schlussfolgert.

<sup>11</sup> *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 660 (Zitat).

<sup>12</sup> BGHZ 146, 341, 343; *Flume*, Die Personengesellschaft, 1977, S. 56: „Die Gruppe ist aber nicht als Person oder als Zwischenstufe zu einer Person zu verstehen. Sie ist keine ‚juristische Person‘. (...) Die Gruppe ist als solche Rechtssubjekt.“ Die Gruppe ist für Flume die Gesamthand (S. 55); BGHZ 149, 80, 83; BGH, NJW 2014, 1107 Rn. 24; BGH, NJW 2017, 547 Rn. 17–19; *Schäfer*, in: MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 307–309; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 3 Rn. 13; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 49; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 1 Rn. 108; *Ulmer*, AcP 198 (1998), 113, 123–124.

<sup>13</sup> BGHZ 146, 341, 347; so auch § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO, wenn hier GbR und OHG als „Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit“ im Gegensatz zur juristischen Person (§ 11 Abs. 1 Satz 1 InsO) definiert sind.

<sup>14</sup> *Ulmer*, AcP 198 (1998), 113, 119–121.

reits zuvor mit dem alten Rechtsträger bestanden, an dem neuen unverändert fortsetzen (können). Dann spielt es aber auch keine Rolle, ob OHG und GbR *ein Rechtssubjekt* sind oder lediglich *ein Rechtsverhältnis*, denn unabhängig davon wandelt sich die Gesamthand in eine juristische Person und damit in einen *neuen* Rechtsträger um, der nur die Stelle der Gesamthand einnimmt, *nicht* aber wirklich mit ihr *identisch* ist (als ob).

Auch wenn die GbR ebenso wie die OHG insolvenzfähig ist (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO), müssen beide keineswegs Rechtssubjekte sein. Der Begriff „Gesellschaft“ kann auch hier lediglich eine Abkürzung für die Gesellschafter als eine verbundene Personenmehrheit sein, die über ihre eine kollektive Rechtsfähigkeit gemeinsam Träger der Insolvenzmasse sind. Ebenso wie im Fall der Einzelzwangsvollstreckung geht es beim Insolvenzverfahren ausschließlich um das Vermögen als das Haftungsobjekt, auf das die Gläubiger zugreifen können (§ 1 Satz 1 InsO). Das Vermögen als Objekt tritt hier gleichsam an die Stelle des Schuldners als Subjekt. *Ein* Vermögen setzt aber nicht zwingend *ein* Rechtssubjekt voraus, auch deshalb *muss* die GbR und ebenso wenig die OHG ein Rechtssubjekt sein, damit ein Insolvenzverfahren über ihr Vermögen (§ 718 Abs. 1 BGB) eröffnet werden kann. So ist nach § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO selbst über das gemeinschaftliche Vermögen der Miterben, über den Nachlass (§ 2032 Abs. 1 BGB) sowie über das Gesamtgut als dem gemeinschaftlichen Vermögen beider Ehegatten (§ 1416 Abs. 1 BGB) die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zulässig.

### III. Ergebnis

Die OHG *muss* demnach nicht unbedingt ein Rechtssubjekt sein, zumindest ergibt sich eine Rechtssubjektivität der OHG nicht zwingend aus dem positiven Recht, vielmehr kann auch sie die verbundene Personenmehrheit der Gesellschafter sein, die deshalb kollektiv rechtsfähig sind (§ 14 Abs. 2 BGB), weil sie zusammen einen *status* im Recht einnehmen, der an sie als Zuordnungsendpunkte (d. h. als Rechtssubjekte) die Rechte, Forderungen und Schulden in den Rechtsverhältnissen zu Dritten lediglich weiterleitet (Modell der deutschen Gesamthand). Dann muss aber auch nicht die BGB-Gesellschaft auf jeden Fall ein Rechtssubjekt sein. Die Theorie einer deutschen Gesamthand fügt sich dementsprechend zunächst einmal als These durchaus in das geltende Recht ein. Für eine dogmengeschichtliche Betrachtung, die darauf abzielt, auf die deutsch-rechtliche Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts in der begrifflichen Prägung Gierkes zurückzugehen, besteht deshalb selbst heute noch ausreichend „Raum“.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> BGHZ 146, 341, 343–344.