

FRANCIS LIMBACH

Gesamthand
und Gesellschaft

Jus Privatum

209

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 209



Francis Limbach

Gesamthand und Gesellschaft

Geschichte einer Begegnung

Mohr Siebeck

Francis Limbach, geboren 1970; Studium der Rechtswissenschaft in Saarbrücken, Freiburg und Toulouse; 2003 Promotion in Saarbrücken und Toulouse; 2002–04 Rechtsanwalt in einer internationalen Wirtschaftskanzlei in Frankfurt a.M.; seit 2004 Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel; 2015 Habilitation in Kiel; seit 2015 Privatdozent; im WS 2015/16 und im SS 2016 Lehrstuhlvertreter an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg; seit WS 2016/17 Lehrstuhlvertreter an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

e-ISBN PDF 978-3-16-154177-3

ISBN 978-3-16-154176-6

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

À Georges Boyer

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist während meiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Römisches Recht, Bürgerliches Recht, Europäische Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und Rechtsvergleichung entstanden und wurde im Wintersemester 2015/16 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Habilitationsschrift angenommen. Sie wäre nicht möglich gewesen ohne das Vertrauen und die jederzeit freundliche und verlässliche Betreuung meines Lehrers Professor Dr. Rudolf Meyer-Pritzl, welchem ich an dieser Stelle herzlich danken möchte. Dank gebührt auch Professor Dr. Werner Schubert für seine wertvollen Anregungen und die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens. An dieser Stelle seien insbesondere seine umfassenden Arbeiten an den Quelleneditionen gewürdigt, die gerade für das vorliegende Werk von erheblichem Nutzen waren.

Zu danken habe ich nicht zuletzt dem Verlag Mohr Siebeck und im Besonderen Herrn Dr. Franz-Peter Gillig für die freundliche Aufnahme in die Reihe Jus Privatum sowie der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Übernahme der Druckkosten.

Das berücksichtigte Schrifttum befindet sich auf dem Stand von Oktober 2015. Die kürzlich erschienene Dissertation von Andreas Groten (*corpus und universitas*) sowie zitierte Neuauflagen konnten noch in den Fußnoten berücksichtigt werden.

Saarbrücken, im August 2016

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
<i>Einführung</i>	1

I. TEIL

Gesellschaft und Gesamthand vor ihrer Begegnung

<i>1. Kapitel. Inhaltliche Vorläufer der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand: Verselbständigungsmerkmale in historischen Gesellschaftsformen</i>	15
§ 1. Die Grundlagen des römischen Rechts	17
§ 2. Kontinentaleuropäische Impulse bis zum Ende des 18. Jahrhunderts	34
§ 3. Verselbständigungsmerkmale im deutschen Gesellschaftsrecht bis zum Ende des Usus modernus	57
§ 4. Verselbständigungsmerkmale im deutschen Gesellschaftsrecht des 19. Jahrhunderts	105
<i>2. Kapitel. Begriffliche Vorläufer der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand: alte Figuren der gesamten Hand</i>	179
§ 1. Anfänge des Begriffs der gesamten Hand	180
§ 2. Die sächsische Belehnung „mit gesamter Hand“ (bis etwa 1850)	184
§ 3. Die schuldrechtliche Verpflichtung „mit gesamter Hand“ (bis etwa 1500)	202
§ 4. Die gesamte Hand als eherechtliche Bezeichnung	210
Zusammenfassung des 1. Teils	228

2. TEIL

Die Gestaltung der modernen Gesamthandtheorie und ihre Rolle
im deutschen Gesellschaftsrecht bis 1900

<i>1. Kapitel. Frühere Impulsgeber der modernen Gesamthandtheorie</i>	239
§ 1. Die Lehre des dominium plurium in solidum oder Gesamteigentums	240
§ 2. Die deutschrechtliche Genossenschaftslehre	257
<i>2. Kapitel. Entstehung des modernen Gesamthandbegriffs in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts</i>	273
§ 1. Die Gesamthand als Begriff der rechtsgeschichtlichen Literatur	273
§ 2. Einführung der Gesamthand als allgemeine Theorie des geltenden Rechts (ab 1863)	286
<i>3. Kapitel. Gesamthand und Personengesellschaft in der Kodifikation des deutschen Privatrechts</i>	331
§ 1. Die gesellschaftsrechtliche Gesamthand bei der Entstehung des BGB	332
§ 2. Die gesellschaftsrechtliche Gesamthand bei der Entstehung des HGB	364
§ 3. Reaktionen auf den Gesamthandbegriff der Gesetzesmaterialien	373
Zusammenfassung des 2. Teils	383
<i>Ergebnisse der Untersuchung</i>	391
§ 1. Kein terminologischer Zusammenhang zwischen alten Figuren der gesamten Hand und dem modernen Personengesellschaftsrecht	391
§ 2. Verbindungslinien zwischen dem modernen Personen- gesellschaftsrecht und alten Figuren der gesamten Hand	392
§ 3. Die gesellschaftsrechtliche „Gesamthand“ ist die historisierende Fassade einer in verschiedenen Epochen zusammengetragenen Konstruktion	407
<i>Quellen- und Veröffentlichungsverzeichnis</i>	409
Quellen, Rechtsnormen, Materialien u. s. w.	409
Veröffentlichungen	416
Personenverzeichnis	471
Sachverzeichnis	473

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
<i>Einführung</i>	1

I. TEIL

Gesellschaft und Gesamthand vor ihrer Begegnung

<i>1. Kapitel. Inhaltliche Vorläufer der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand: Verselbständigungsmerkmale in historischen Gesellschaftsformen</i>	15
§ 1. Die Grundlagen des römischen Rechts	17
I. Die altrömische <i>societas ercto non cito</i>	18
II. Personenzusammenschlüsse der klassischen römischen Rechtswissenschaft	20
1) <i>Communio</i> und <i>societas</i>	20
a) Die <i>communio</i>	20
b) Die <i>societas</i>	21
aa) Das individualistische Konzept der <i>societas</i>	21
bb) Ansätze einer Verselbständigung der <i>societas</i> ?	25
2) Die <i>Korporation</i>	30
a) Die tatbestandlichen Gründungsvoraussetzungen der <i>Korporationen</i>	31
b) Die rechtliche Ausstattung der <i>Korporationen</i>	32
c) Die <i>Korporation</i> als juristische Person oder als Gesamthand?	33
§ 2. Kontinentaleuropäische Impulse bis zum Ende des 18. Jahrhunderts	34
I. Das Gesellschaftsvermögen als separate Haftungsmasse	35
1) Mittelalterliche Quellen	35
a) Quellen zur italienischen <i>commenda</i>	35

b) Der fehlende direkte Zugriff der Privatgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen bei Paulus de Castro (Anfang 15. Jahrhundert)	37
2) Neuzeitliche Quellen	40
a) Die Privilegierung der Gesellschaftsgläubiger im italienischen Handelsrecht	40
aa) Das genuesische Gesellschaftsrecht (16. Jahrhundert)	40
bb) Italienische Autoren	40
b) Impulse iberischer Autoren aus dem 17. Jahrhundert . .	42
aa) Francisco Salgado de Somoza	42
bb) Juan Pedro Fontanella	42
c) Die Privilegierung der Gesellschaftsgläubiger im französischen Ancien droit	44
aa) Die Privilegierung der Gesellschaftsgläubiger in der Rechtsprechung der Parlementshöfe	44
bb) Die Privilegierung der Gesellschaftsgläubiger in der französischen Literatur bis zum Ende des 18. Jahrhunderts	48
cc) Die Privilegierung der Gesellschaftsgläubiger in der Gesellschaftsvertragspraxis	50
II. Gesellschafter und Gesellschaft als separate Aufrechnungsadressaten	51
1) Gelehrte Quellen des Mittelalters zur Aufrechnung gegenüber Studentenbursen	51
a) Jacobus de Ravanis' Aufrechnungsverbot durch Zweckwidmung bestimmter Vermögensgüter	51
b) Baldus de Ubaldis' Identifizierung separater Aufrechnungsadressaten	53
2) Neuzeitliche Entwicklungen zur Aufrechnung gegenüber Handelsgesellschaften	55
§ 3. Verselbständigungsmerkmale im deutschen Gesellschaftsrecht bis zum Ende des Usus modernus	57
I. Rechtliche Verselbständigungsmerkmale im deutschen Gesellschaftsrecht des Mittelalters?	57
II. Die Verselbständigung der Gesellschaft als weithin ignorierte Idee in frühneuzeitlichen Quellen	61
1) Das Schweigen statutarischer Quellen	61
2) Das Schweigen in Deutschland tätiger Autoren	65
3) Gesellschaften mit Merkmalen einer faktischen Verselbständigung?	68

III. Ansätze einer Verselbständigung der Gesellschaft in deutschen Quellen	69
1) Literaturstimmen zum Gesellschaftsvermögen als separate Haftungsmasse	70
a) Johann Michael Beuther (ca. 1600)	70
b) Die bevorzugte Befriedigung aus dem Gesellschafts- vermögen als Diskussionsthema im Usus modernus	73
aa) Autoren des 17. Jahrhunderts	73
bb) Autoren bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts	75
2) Naturrechtliche Ansätze der Personifizierung der Gesellschaft	77
a) Entstehung und Entwicklung der naturrechtlichen Lehre der persona moralis	77
aa) Entia moralia und personae morales compositae bei Pufendorf	77
bb) Societas und persona moralis bei Wolff und Nettelblatt	79
b) Der Begriff der juristischen Person weniger ein Produkt der naturrechtlichen persona moralis als der gemein- rechtlichen universitas?	81
IV. Rezeption der Verselbständigungsansätze in der Gesetzgebung	84
1) Die Hamburger Fallitenordnung (1753)	84
2) Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (1756)	85
3) Die preußischen Kodifikationen	87
a) Das PrALR (1794)	87
aa) Ansätze einer Personifizierung in den Gesetzesmaterialien	87
bb) Gesellschaften zum Zwecke des Gemeinwohls, insbesondere Erlaubte Privatgesellschaften	88
cc) „Besondere“ Gesellschaften und Handels- gesellschaften	90
dd) Haltung der frühen preußischen Literatur zum PrALG	92
b) Die Allgemeine Gerichts-Ordnung (1793/95)	93
aa) Die Handelsgesellschaft als parteifähiges Subjekt?	93
bb) Das Separationsrecht der Gesellschaftsgläubiger	95
4) Die französischen Kodifikationen und ihre Nachbildungen	96
a) Der Code civil	96
b) Der Code de commerce	98
c) Das Badische Landrecht	99

5) Die österreichischen Kodifikationen bis zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (1811)	100
a) Der Codex Theresianus (1766)	100
b) Das Westgalizische Gesetzbuch (1797)	101
c) Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (1811)	103
§ 4. Verselbständigungsmerkmale im deutschen Gesellschaftsrecht des 19. Jahrhunderts	105
I. Gesellschaftsrechtliche Verselbständigungsmerkmale bis Einführung des ADHGB	105
1) Die Anerkennung von Gläubigerprivilegien als Grundlage einer Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens	106
2) Die Diskussion über die Rechtspersönlichkeit der Handelsgesellschaft	108
a) Die Wegbereiter der Handelsgesellschaft als juristische Person	108
aa) Frühe Stimmen zugunsten einer Rechtspersönlichkeit von Handelsgesellschaften	108
bb) Gelpckes Plädoyer für die Handelsgesellschaft als juristische Person (1852)	110
cc) Die Anerkennung der Persönlichkeit französischer Handelsgesellschaften	112
b) Rezeption der Idee der eigenen Persönlichkeit von Handelsgesellschaften in der deutschen Literatur	116
aa) Die Diskussion in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts	116
bb) Die Diskussion unter dem Eindruck Gelpckes Plädoyer	118
cc) Bluntschlis Idee der Vermögensverschiedenheit als Kompromisslösung?	121
3) Die Rechtspersönlichkeit von Handelsgesellschaften in der Rechtsprechung	122
4) Die Rechtspersönlichkeit von Handelsgesellschaften in Entwürfen und Gesetzen	126
a) Frühere Entwürfe	126
aa) Der Entwurf eines württembergischen HGB (1839)	126
bb) Der Frankfurter Entwurf eines Handels- gesetzbuchs (1849)	127
b) Die Rechtspersönlichkeit der Handelsgesellschaft in der preußischen Konkursordnung von 1855	128
II. Die verselbständigte OHG im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch	130

1) Die OHG als juristische Person im preußischen Entwurf von 1857	130
2) Die OHG in den Beratungen zum ADHGB	133
a) Die Ablehnung der eigenen Rechts- und Parteifähigkeit der OHG	133
b) Die Anerkennung des Gesellschaftsvermögens als separate Haftungsmasse	137
c) Einführung der Anwachsungslösung bei Ausscheiden von Gesellschaftern?	139
d) Das Gesellschaftsrecht des ADHGB und seine Ratifikation in Preußen	141
3) Das Handelsgesellschaftsrecht des ADHGB in Literatur und Rechtsprechung	145
a) Die Frage der Subjektivierung der OHG	145
aa) Die Diskussion im Schrifttum	145
bb) Die Entwicklung in der Rechtsprechung	148
b) Die Frage des Vermögens der OHG	156
III. Merkmale der Verselbständigung „herkömmlicher“ Gesellschaften	158
1) „Herkömmliche“ Gesellschaften und besondere parteifähige Vereinigungen	158
2) Entwicklung in Literatur und Rechtsprechung	159
a) Die französische société civile als Vorbild?	159
b) Die Entwicklung bei deutschen Autoren und Gerichten	163
3) Die bürgerlichrechtliche Gesellschaft in den neuen Kodifikationen und Entwürfen	167
a) Die BGB-Entwürfe und Kodifikationen der Länder	167
aa) Der Hessische Entwurf (1842–1853)	167
bb) Der Bayerische Entwurf (1861–1864)	169
cc) Das sächsische BGB von 1865	170
b) Der Dresdner Entwurf von 1866	171
aa) Einsetzung und Vorgehensweise der Dresdner Kommission	171
bb) Die „Gemeine Gesellschaft“ (Art. 769 ff. DrsdE)	172
cc) Die Collectivgesellschaften	174
 2. Kapitel. Begriffliche Vorläufer der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand: alte Figuren der gesamten Hand	 179
§ 1. Anfänge des Begriffs der gesamten Hand	180
I. Abwesenheit von Quellen zur gesamten Hand aus der Antike und dem frühen Mittelalter	180

II. Frühe Quellen	181
III. Die Bedeutungsvielfalt der Bezeichnung „gesamte Hand“ in alten Quellen	183
§ 2. Die sächsische Belehnung „mit gesamter Hand“ (bis etwa 1850) .	184
I. Die „gesamte Hand“ des Lehnrechtsbuchs des Sachsenspiegels	184
1) Verwendung des Begriffs „mit gesamter Hand“	185
2) Die rechtliche Regelung der Belehnung mit gesamter Hand im Lehnrechtsbuch	188
II. Verbreitung und Weiterentwicklung des Begriffs der gesamten Hand im mittelalterlichen Lehnrecht	189
III. Die neuzeitliche Entwicklung der gesamten Hand im Lehnrecht	192
1) Das sächsische Lehnrecht im 16. und 17. Jahrhundert . . .	192
a) Bedeutung und Verbreitung der sächsischen gesamten Hand	192
b) Die sächsische gesamte Hand als Instrument der Lehnnachfolge	194
2) Die lehnrechtliche gesamte Hand im 18. und 19. Jahrhundert	197
3) Das Ende des Lehnrechts als positives Recht	200
§ 3. Die schuldrechtliche Verpflichtung „mit gesamter Hand“ (bis etwa 1500)	202
I. Gebrauch des Begriffs im Mittelalter	202
1) Die schuldrechtliche gesamte Hand in den Quellen	202
2) Dogmatische Einordnung der schuldrechtlichen gesamten Hand	204
3) Ursprung und Verbreitung der schuldrechtlichen gesamten Hand	206
II. Das Ende des Begriffs in der Neuzeit	208
§ 4. Die gesamte Hand als eherechtliche Bezeichnung	210
I. Die gesamte Hand des fränkischen Eherechts (bis etwa 1500)	210
1) Die gesamte Hand im Bamberger Stadtrecht des 14. Jahrhunderts	211
a) Die betreffenden Vorschriften des Bamberger Stadtrechts	211
b) Bedeutung der gesamten Hand des Bamberger Stadtrechts	214
2) Die eherechtliche gesamte Hand in anderen Rechtstexten und in der weiteren Entwicklung	219
II. Eheliches Grundstückseigentum in gesamter Hand nach österreichischem Recht (bis 18. Jahrhundert)	224

1) Die österreichische gesamte Hand als Instrument der Ehegattenversorgung	224
2) Entwicklung und Niedergang der österreichischen gesamten Hand	227
Zusammenfassung des 1. Teils	228

2. TEIL

Die Gestaltung der modernen Gesamthandtheorie und ihre Rolle im deutschen Gesellschaftsrecht bis 1900

<i>1. Kapitel. Frühere Impulsgeber der modernen Gesamthandtheorie</i>	239
§ 1. Die Lehre des dominium plurium in solidum oder Gesamteigentums	240
I. Entstehung und Verbreitung der Figur des dominium plurium in solidum bzw. des Gesamteigentums (1681 bis 1811)	240
1) Das eheliche Güterrecht als Nährboden des alternativen Verbandskonzepts des Justus Veracius	241
2) Herausbildung der Theorie des Gesamteigentums im 18. Jahrhundert	245
II. Diskussion und Niedergang der Figur des Gesamteigentums im 19. Jahrhundert	250
1) Die Kritik des Gesamteigentums Anfang des 19. Jahrhunderts	250
2) Das Gesamteigentum im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Diskussion in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts	251
3) Niedergang des Gesamteigentums im Einfluss der Genossenschaftstheorie	253
III. Die heutige Stellung der Figur des Gesamteigentums	255
§ 2. Die deutschrechtliche Genossenschaftslehre	257
I. Die Genossenschaftslehre Beselers	257
1) Ansätze der Genossenschaftslehre in Beselers Schrift zu den Erbverträgen (1835)	257
2) Beselers ausgereifte Genossenschaftslehre	260
a) Universitas, Stiftung, Corporation und Genossenschaft als juristische Personen	260
b) Personenzusammenschlüsse ohne Rechtspersönlichkeit	262
II. Die Genossenschaftslehre Gierkes	264

1) Gierkes „Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft“ (1868)	264
2) Gierkes „Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs“ (1873) und „Staats- und Korporationslehre“ (1881)	266
3) Gierkes „Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung“ (1887)	268
III. Das Vermächtnis der Genossenschaftslehre	269
1) Das Schicksal des germanistischen Genossenschaftsbegriffs	269
2) Wirkung der Genossenschaftslehre auf die Gesamthandlehre	270
2. Kapitel. Entstehung des modernen Gesamthandbegriffs in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts	273
§ 1. Die Gesamthand als Begriff der rechtsgeschichtlichen Literatur	273
I. Die „gesamte Hand“ als Quellenzitat	273
1) Das Quellenstudium älterer Autoren	273
2) Die Untersuchung Zoepfls der gesamten Hand des Bamberger Stadtrechts (1839)	274
3) Homeyers Untersuchung der lehnrechtlichen gesamten Hand des Sachsenspiegels (1842)	276
II. Die Gesamthand als quellenunabhängiger Sammelbegriff der rechtsgeschichtlichen Wissenschaft	278
1) Die Gesamthand des alten fränkischen Ehegüterrechts	278
a) Die Ausgestaltung zum Begriff der alten fränkischen Güterrechtsfigur durch Euler (ab 1841)	278
aa) Eulers Studie zum „Güter- und Erbrechte der Ehegatten“	278
bb) Eulers nachfolgende Schriften	280
b) Die Rezeption von Eulers Begriffsbildung in der Literatur	281
2) Die historische schuldrechtliche gesamte Hand	283
a) Die Untersuchung der schuldrechtlichen gesamten Hand durch Stobbe (1855)	283
b) Die Rezeption Stobbes Begriffsbildung in der Literatur	285
§ 2. Einführung der Gesamthand als allgemeine Theorie des geltenden Rechts (ab 1863)	286
I. Kuntze und Stobbe als Begründer eines modernen Gesamthandbegriffs	286
1) Der Diskussionsstand im Gesellschaftsrecht Mitte des 19. Jahrhunderts	286

2) Der Beitrag Kuntzes zu den Handelsgesellschaften (1863)	288
a) Bedeutung und Vorgehensweise im Beitrag	288
b) Kuntzes Thesen zur allgemeinen Rechtsnatur der gesamten Hand	289
c) Die gesamte Hand Kuntzes zur Deutung der Besonderheiten der Handelsgesellschaften	292
3) Der Beitrag Stobbes zur allgemeinen rechtshistorischen Gesamthand (1864)	293
a) Bedeutung und Vorgehensweise Stobbes Beitrags	293
b) Stobbes Feststellungen zu den allgemeinen Merkmalen der Gesamthand	294
c) Stobbes Anwendung der Gesamthandgrundsätze auf verschiedene Personenzusammenschlüsse	296
aa) Gesamthand und Ehegemeinschaft	296
bb) Gesamthand und Gesamtbelehrung	298
cc) Gesamthand und Erbengemeinschaft	299
dd) Gesamthand und andere Rechtsfiguren	300
II. Meilensteine der modernen Gesamthandtheorie in der Literatur	301
1) Das Wohlwollen Beselers (1866)	301
2) Gierkes Gesamthandbegriff im zweiten Band des „Genossenschaftsrechts“ (1873)	304
3) Heuslers Gesamthandtheorie in seinem Institutionen- lehrbuch (1885/86)	307
4) Gierkes Gesamthand in seiner „Genossenschafts- theorie“ (1887)	309
a) Gierkes allgemeine Grundsätze der Gesamthand	309
b) Gierkes Gesamthand des ehelichen Güterrechts	310
c) Gierkes Gesamthand der Handelsgesellschaft	311
aa) Subjektives und objektives Element der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand	312
bb) Anwendung der Gesamthandtheorie auf die Handelsgesellschaft im Rechtsverkehr	313
III. Rezeption der Theorie der Gesamthand vor Inkrafttreten des BGB	316
1) Das Gesellschaftsrecht des ADHGB und die Gesamt- handtheorie	316
2) Die Rezeption der Gesamthandtheorie in der Recht- sprechung	318
3) Die Rezeption der Gesamthandtheorie in der Literatur	320
4) Ergebnis	328

3. Kapitel. Gesamthand und Personengesellschaft in der Kodifikation des deutschen Privatrechts	331
§ 1. Die gesellschaftsrechtliche Gesamthand bei der Entstehung des BGB	332
I. Die gesellschaftsrechtliche Gesamthand in den Vorarbeiten	332
1) Die Vorlagen zum bürgerlichen Gesellschaftsrecht	332
2) Die Vorlagen zum Sachenrecht	333
II. Merkmale gesellschaftsrechtlicher Verselbständigung im Ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs	336
1) Die Bestimmungen zum Miteigentum und zur Gemeinschaft	336
2) Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen	337
a) Die „herkömmliche“ BGB-Gesellschaft	337
b) Die Erwerbsgesellschaft	340
III. Die Gesellschaft im Zweiten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs	341
1) Die Kritik am Ersten Entwurf	341
a) Die Kritik Gierkes	341
b) Die Kritik Boyens'	345
2) Die inhaltlichen Veränderungen des Zweiten Entwurfs	347
a) Die Einführung der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand als neues Prinzip	348
aa) Die Gesamthand der BGB-Gesellschaft	348
bb) Die Gesamthand des nicht rechtsfähigen Vereins	349
cc) Die Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand in den Bestimmungen zur Gemeinschaft und zum Miteigentum	350
b) Dogmatik der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand im Zweiten Entwurf	352
aa) Gebundenes Quoteneigentum oder eigenes Sondervermögen?	352
bb) Die BGB-Gesellschaft als eigenes Rechtssubjekt?	356
IV. Die inhaltlichen Veränderungen bis zum Inkrafttreten des BGB	360
1) Verfügungs- und Teilungsverbot in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen	361
2) Die Streichung der Vorschrift über die Eintragungsfähigkeit von Erwerbsgesellschaften	363

§ 2. Die gesellschaftsrechtliche Gesamthand bei der Entstehung des HGB	364
I. Die Ausarbeitung des Entwurfs des Reichsjustizamts von 1895 (HGB-E1)	365
1) Das Gutachten Jakob Friedrich Behrends	365
2) Der Entwurf von 1895	366
a) Rechtsfähigkeit der OHG	366
b) Gesellschaftsvermögen der OHG	368
c) Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft	369
II. Fertigstellung und Inkrafttreten des HGB	371
§ 3. Reaktionen auf den Gesamthandbegriff der Gesetzesmaterialien	373
I. Gierkes Reaktion auf die „kodifizierte“ gesellschaftsrechtliche Gesamthand	373
II. Der Platz des Gesamthandbegriffs in der deutschen Rechtswissenschaft	375
1) Der Gesamthandbegriff in der Literatur	375
a) Die Anerkennung der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand	375
b) Die rechtshistorische Legitimität der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand in der Literatur	377
2) Die Anerkennung des Gesamthandbegriffs in der Rechtsprechung	381
3) Ergebnisse	382
Zusammenfassung des 2. Teils	383
<i>Ergebnisse der Untersuchung</i>	391
§ 1. Kein terminologischer Zusammenhang zwischen alten Figuren der gesamten Hand und dem modernen Personengesellschaftsrecht	391
§ 2. Verbindungslinien zwischen dem modernen Personengesellschaftsrecht und alten Figuren der gesamten Hand	392
I. Allgemeine Betrachtungen	392
II. Der inhaltliche Vergleich mit alten Figuren der gesamten Hand	393
1) Moderne Gesamthand und alte „gesamte Hand“ als Bezeichnung einer solidarischen Verpflichtung	393
2) Moderne Gesamthand und alte „gesamte Hand“ des Eherechts	393
3) Moderne Gesamthand und alte „gesamte Hand“ des Lehnrechts	396

III. Konstruktive Einflüsse alter Gesamthandfiguren auf die Gesamthand des modernen Gesellschaftsrechts?	397
1) Das Gesellschaftsvermögen	397
a) Gesellschafts- und Privatvermögen als separate Aufrechnungsadressaten	397
b) Gesellschafts- und Privatvermögen als separate Haftungsmassen	398
c) Die Anwachsung bei Ausscheiden eines Gesellschafters	399
d) Das dinglich wirkende Verfügungsverbot über „Anteile“ an den Gesellschaftsgegenständen	401
2) Die Subjektivität der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand	403
§ 3. Die gesellschaftsrechtliche „Gesamthand“ ist die historisierende Fassade einer in verschiedenen Epochen zusammengetragenen Konstruktion	407
<i>Quellen- und Veröffentlichungsverzeichnis</i>	409
Quellen, Rechtsnormen, Materialien u. s. w.	409
Veröffentlichungen	416
Personenverzeichnis	471
Sachverzeichnis	473

Abkürzungsverzeichnis

Anmerkung: abgekürzte Quellen und Veröffentlichungen befinden sich in den jeweiligen Verzeichnissen.

a.	auch
a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABlKR	Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland (Zeitschrift)
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. E.	am Ende
AGH	Appellationsgerichtshof
AGH Rhein.	Rheinischer Appellationsgerichtshof
Anm.	Anmerkung
Anon.	Anonymus
Arch. bürg. R.	Archiv für bürgerliches Recht (Zeitschrift)
Arch. th. pract. Rgel.	Archiv für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Bad. Ann.	Annalen der Großherzoglichen Badischen Gerichte (Zeitschrift)
Bad. VGH	Badischer Großherzoglicher Verwaltungsgerichtshof
BayGVBl.	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt (Zeitschrift)
BayObGH	Oberster Gerichtshof für Bayern
Bearb.	Bearbeiter
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt der Bundesrepublik Deutschland (Zeitschrift)
BGBl. NB	Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes (Zeitschrift)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Zeitschrift)
Bl.	Blatt
BOHG	Bundesoberhandelsgericht (ab 02.09.1870 Reichsoberhandelsgericht)
BOHGE	Entscheidungen des Bundesoberhandelsgerichts, ab 3. Bd. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts (Zeitschrift)
Buchst.	Buchstabe

Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière civile (Zeitschrift)
Busch Arch.	Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts (Zeitschrift)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Zeitschrift)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
C. cass.	Cour de cassation, Frankreich
C. civ.	Code civil, Frankreich
C. com.	Code de commerce, Frankreich
Calm WSchr	Calm's Wochenschrift für Deutsches Handels- und Wechselrecht nach den Entscheidungen des Oberhandelsgerichtes in Leipzig (Zeitschrift)
Cap.	Caput
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation, evtl. nummeriert
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis
Concl.	Conclusio
Cons.	Consilium
Cramer Wetzl. Nbstd.	Wetzlarische Nebenstunden, worinnen auserlesene beym höchstpreislichen Cammergericht entschiedene Rechts-Händel zur Erweiter- und Erläuterung der teutschen in Gerichten üblichen Rechts-Gelehrsamkeit angewendet werden, hrsg. Johann Ulrich Freyherr von Cramer (Zeitschrift)
d. h.	das heißt
Dec.	Decisio
Def.	Definitio
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
Dist.	Distinctio
DP	Dalloz périodique, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (Zeitschrift)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
evtl.	eventuell
Exc.	Exceptio
Exerc.	Exercitium
f.	und der/die/das Folgende
ff.	und die Folgenden
Fn.	Fußnote
Frhr.	Freiherr
GBl. DDR	Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik (Zeitschrift)
GhBad. RegBl.	Großherzoglich-Badisches Regierungs-Blatt (Zeitschrift)
Gruchots Beiträge	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Zeitschrift)
Hamb. GerZ	Hamburgische Gerichts-Zeitung (Zeitschrift)
Hanseat. OLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HAppG	Hof- und Appellationsgericht

HGB	Handelsgesetzbuch
HGZ-B	Beiblatt zur Hamburgischen Handelsgerichts-Zeitung, ab Bd. 13 Beiblatt zur Hanseatischen Gerichtszeitung (Zeitschrift)
hrsg.	herausgegeben
h. L.	herrschende Lehre
i. S. d.	im Sinne der/des
i. Ü.	im Übrigen
insbes.	insbesondere
Jahrb.	Jahrbuch
Jahrb. Dogm. röm. dt. PrivatR	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deut- schen Privatrechts, ab 1893: Jher. Jahrb. (Zeitschrift)
Jahrb. gem. dt. Rechts	Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts (Zeitschrift)
Jahrb. preuß. Gesetzgbg.	Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung, Rechtswissen- schaft und Rechtsverwaltung (Zeitschrift)
Jh.	Jahrhundert
Jher. Jahrb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, vor 1893: Jahrb. Dogm. röm. dt. PrivatR (Zeitschrift)
J. O.	Journal officiel de la République française (Zeitschrift)
Journ. Pal.	Journal du Palais, Contenant les Arrêts de la Cour de Cassation et des Cours d'Appel de Paris et des Départements (Zeitschrift)
Journ. Pal. Rec.	Journal du Palais ou Recueil des principales décisions de tous les Parlemens & Cours souveraines de France (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
kgl.	königlich
Kierulff Slg.	Kierulffs Sammlung der Entscheidungen des Ober-Appellations- gerichts der freien Hansestädte zu Lübeck (Zeitschrift)
krit.	kritisch
KritJBRW	Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft (Zeit- schrift)
KritVJS	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Wissen- schaft (Zeitschrift)
Krit. Z. ges. RWiss.	Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft (Zeit- schrift)
Labeo	Labeo. Rassegna di diritto romano (Zeitschrift)
li.	links
Liefg.	Lieferung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
membr.	membrum
NG	Niedergericht
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
Nürnb. HAG	Handelsappellationsgericht zu Nürnberg
o.	oben
o. Ä.	oder Ähnliche(s)
OAG	Oberappellationsgericht

Ob.-Trib. E.	Entscheidungen des Königlichen Geheimen Ober-Tribunals (Zeitschrift)
Ob.-Trib. Stuttgart	Ober-Tribunal Stuttgart
OG	Obergericht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
P.	Pars
Parlmt.	Parlement (französische Berufungsinstanz des Ancien droit)
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
Preuß. Ob.-Trib.	Preußisches Königliches Geheimen Ober-Tribunal
PrGS	Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten (Zeitschrift)
Pseud.	Pseudonym
Qu. Fior.	Quaderni Fiorentini – per la storia del pensiero giuridico moderno (Zeitschrift)
re.	rechts
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt (Zeitschrift)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Zeitschrift)
Rh. RevKassHof	Königlicher Revisions- und Kassationshof für die Rheinprovinzen, Berlin
Rhein. Arch.	Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht der Königlich-Preussischen Rheinprovinzen (Zeitschrift)
RIDA	Revue Internationale des droits de l'antiquité (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
ROHG	Reichsoberhandelsgericht, vor 02.09.1871: Bundesoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, bis einschl. 2. Bd Entscheidungen des Bundes-Oberhandelsgerichts (Zeitschrift)
s.	siehe
S.	Seite
s. d.	sine dato (ohne Datumsangabe)
s. l.	sine loco (ohne Ortsangabe)
Sächs. Arch.	Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß (Zeitschrift)
Sächs. OAG	Sächsisches Oberappellationsgericht
SächsGVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen (Zeitschrift)
Schles. Arch.	Schlesisches Archiv für die praktische Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
SchmJB	[Schmollers] Jahrbücher für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich (Zeitschrift)
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris (Zeitschrift)
Sec.	Section
Seuff. Arch.	J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Zeitschrift)

Sirey	Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public, par J.-B. Sirey (Zeitschrift)
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
Speculum	Speculum, A Journal of Medieval Studies (Zeitschrift)
Stichw.	Stichwort
Teilbd.	Teilband
Themis-ZPRW	Themis – Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
ThürGVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt für den Freistaat Thüringen (Zeitschrift)
Tit.	Titel
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis – Revue d'histoire du droit (Zeitschrift)
u.	unten
u. a.	und andere / unter anderem
u. Ä.	und Ähnliche
u. s. w.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
Urk.	Urkunde
Urt.	Urteil
v.	von/vom
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorw.	Vorwort
VSWG	Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte (Zeitschrift)
w. Nachw.	weitere Nachweise
Warneyer	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Otto Warneyer (Zeitschrift)
WBl. Rechtsfälle	Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle in actenmäßigen Darstellungen aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen (Zeitschrift)
WHRArch	Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht (Zeitschrift)
WSB	Sitzungsberichte der philosophisch-historischen Classe der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften (Zeitschrift)
Z.	Zeile
z. B.	zum Beispiel
ZBl. freiw. Ger.	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung (Zeitschrift)
ZdRWiss	Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft
Zeitschr. frz. ZivR	Zeitschrift für französisches Zivilrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesam(m)te Handelsrecht
Ziff.	Ziffer

zit.	zitiert
ZpreußHR	Zeitschrift für Handelsrecht mit Hinblick auf die Handelsrechts-Praxis in Preußen und auf die Grundsätze des Königlichen Ober-Tribunals zu Berlin in Handelssachen
ZRG	Zeitschrift für Rechtsgeschichte (ab 14. Bd. ZRG-GA oder ZRG-RA)
ZRG-GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung (bis 13. Bd. ZRG)
ZRG-RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (bis 13. Bd. ZRG)

Einführung

DIE GESELLSCHAFTSRECHTLICHE GESAMTHAND ALS RECHTSQUELLENPROBLEM. Seit Inkrafttreten des BGB werden BGB-Gesellschaft und Gesamthand in einem Atemzug genannt. Letztere wird sogar so sehr als kennzeichnend für die vermögens- bzw. rechtsfähigen Personengesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts gesehen, dass Werner Flume kurzerhand von „Gesamthandsgesellschaften“ spricht.¹ Legt man die seit dem BGH-Urteil vom 29. Januar 2001² geltende Rechtsprechung zugrunde, macht die Gesamthand aus der BGB-Gesellschaft freilich nicht ganz das, was die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB auf den ersten Blick nahelegen. Auch zuvor waren sich Rechtsprechung und Literatur darin einig, dass die Gesamthand die von ihr betroffenen Personengesellschaften in einer Weise ausgestaltet, die sich mit einer unbefangenen Lektüre der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des BGB und des HGB nicht ganz deckt. Die gesellschaftsrechtliche Gesamthand kommt ohne gesetzliche Vorschriften aus, die sie detailliert regeln oder auch nur beim Namen nennen. Erst die Schuldrechtsreform von 2002 hat mit der Einführung von Paragrafenüberschriften dem Ausdruck „Gesamthand“ eine amtliche Geltung im BGB verschafft. So stehen lediglich die veröffentlichten Protokolle der Zweiten BGB-Kommission³ und einige Einzelsvorschriften des bürgerlichen Gesellschaftsrechts, darunter insbesondere §§ 718, 719, 738 BGB, als Zeichen dafür, dass der ursprüngliche Gesetzgeber die Absicht hatte, der BGB-Gesellschaft den Gesamthandgedanken zugrunde zu legen. Die Gesamthand induziert somit ein Kraftfeld, das die von ihr gestalteten Rechtsfiguren – über Gesetzeswortlaut und -systematik hinaus – nicht unerheblich zu beeinflussen vermag und mit bloßem Auge nicht auf Anhieb sichtbar ist. Das Gesetz erklärt nicht, wie das fragliche Kraftfeld aussieht, da eine allgemeine Regelung der Rechtsfigur der Gesamthand fehlt. Schwer zu ermitteln ist damit auch, wie sich das Kraftfeld auf die von ihm betroffene Rechtsfigur konkret auswirkt – jedenfalls soweit entsprechende Auswirkungen nicht in besonderen gesetzlichen Regelungen ihren Niederschlag gefunden haben.

¹ Flume, BGB AT I.1 (1977), § 1, S. 1 ff.

² BGH v. 29.01.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341.

³ S. u., Rn. 443 ff.