

Die Personengesellschaft als Rechtsfigur des „Allgemeinen Teils“

Dogmatisches Konzept und Wirkungsgeschichte
von Werner Flumes „Personengesellschaft“

von Prof. Dr. Dres. h.c. *Karsten Schmidt**, Hamburg

Inhaltsübersicht

I. Grundlagen	182
1. Die Ausgangsthese	182
2. Literatur zum Allgemeinen Teil	182
3. Zum Anliegen des Buchs	184
4. Gesetzeskonforme Kategorienbildung?	185
II. Das neue Bild der BGB-Außengesellschaft	186
1. Die konventionelle Sicht	186
2. Der gegenwärtige Stand	188
3. Gesetz und Recht	189
III. Zweck und Gesellschaftsvertrag als konstituierende Prinzipien	191
1. Der gemeinsame Zweck	192
2. Außengesellschaft / Innengesellschaft	193
3. Vertragsauslegung	194
4. Die fehlerhafte Gesellschaft	195
5. Die Mitgliedschaft	195
IV. Ist die Lehre von der rechtsfähigen Personengesellschaft eine Gesamthandlehre?	196
1. Fragestellung	196
2. Die Gesamthand: ein Einheitskonzept?	197
3. Die rechtsfähige Personengesellschaft: Gesamthand oder juristische Person?	200
V. Schluss	202
1. Das Echo	202
2. „... und Ihr könnt sagen, Ihr seid dabei gewesen“	203

* Vortrag vom 12. September 2008 auf dem Symposium zum 100. Geburtstag von *Werner Flume* bei der Universität Bonn; der Verfasser ist emeritierter Professor der Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität Bonn; er ist Präsident der Bucerius Law School in Hamburg.

I. Grundlagen

1. Die Ausgangsthese

„Die Gesellschaft gehört als Gesamthandsgesellschaft, weil sie als solche eine personenrechtliche Gemeinschaft ist, dem Personenrecht an. Damit ist der allgemeine Teil für das deutsche bürgerliche Recht der systematische Ort für die Behandlung der Gesellschaft als personenrechtlicher Gemeinschaft.“¹

Indem Werner Flume den ersten – ich wiederhole: den ersten, wenn auch nicht zuerst vollendeten! – Band seines Werks „Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts“ mit diesen Sätzen beginnen lässt, macht er von vornherein begreiflich, dass es ihm nicht darum geht, vorhandenen Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil ein weiteres, vielleicht etwas größer und origineller angelegtes, zur Seite zu stellen. Er mutet dem Leser vom ersten Satz an eine These zu und konfrontiert ihn mit der Mitteilung, es werde in diesem ganzen Teilband um Dinge gehen, die zuvor niemand in einem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil erwartet hätte: um die „Gesamthandsgesellschaft als Rechtsfigur des Personenrechts“.

2. Literatur zum Allgemeinen Teil

Bevor wir uns mit dieser These als solcher befassen, sollten wir den Versuch machen, das ungewöhnliche Anliegen des zu besprechenden Werks einzuschätzen. Flumes dreibändiges Hauptwerk trägt den Titel „Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts“. Es teilt diesen Titel mit anderen großen wissenschaftlichen Darstellungen des Allgemeinen Teils – von Tuhr, Enneccerus/Nipperdey und Larenz/Wolf – und unterscheidet sich darin von den vielen Lehrbüchern, die sich schon im Buchtitel nur als Darstellungen des Ersten Buchs unseres BGB darbieten. Wir sollten ihnen gegenüber in Anbetracht dieses Meisterwerks nicht ungerecht urteilen. Es gibt Lehrbücher zum Allgemeinen Teil, die ihre Aufgabe aus höchst achtenswerten Gründen in nichts anderem sehen als darin, den Stoff der §§ 1–240 BGB, durch allgemeine Bemerkungen ergänzt, lesbar und lernbar darzustellen². Andere Lehrbücher – dasjenige von Heinrich Lehmann³, später von Heinz Hübner⁴, gehört dazu – setzen sich

¹ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, Die Personengesellschaft (1977), 1.

² Beispiele: Brehm, Brox/Walker, Faust, Fezer, Hübner, Köhler, Medicus, Pawlowski, Rütthens/Stadler, Schack.

³ H. Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches (15. Aufl., 1966).

⁴ H. Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches (1984), Rn. 52; (2. Aufl., 1996), Rn. 79.

immerhin kritisch mit dem redaktionellen Konzept eines positivrechtlich ausformulierten Allgemeinen Teils im BGB auseinander, um dann aber zur Legalordnung zurückzukehren. Gesamthand und Gesellschaft gehören dann nicht dazu. Reinhard Bork hat die Gesamthandsgemeinschaften in sein Lehrbuch zwar einbezogen, jedoch eigentlich nur, um mitzuteilen, dass ihnen die Rechtsfähigkeit entgegen der von Flume begründeten Lehre fehlt⁵. Das läuft, bedienen wir uns der Sprache von Werner Flume, auf die Mitteilung hinaus, die Lehre von den Gesamthandsgemeinschaften gehöre eben gerade nicht zu dem, was bei Flume Personenrecht heißt.

Larenz und Wolf machen es sich weniger leicht. Obwohl auch sie vom Konzept eines vom BGB-Gesetzgeber vor die Klammer gezogenen Normenhalts im BGB ausgehen⁶, umfasst ihr Werk ausdrücklich alles, was an „das Privatrecht insgesamt beherrschenden Grundsätzen und Rechtsprinzipien“ zweckmäßigerweise in den Allgemeinen Teil des BGB hineingehört hätte⁷. Neben „allgemeinen Grundsätzen und Rechtsprinzipien“⁸ gehört hierher z.B. auch das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen⁹ und sogar – ein m.E. zweifelhafter Fall – die Lehre von der culpa in contrahendo¹⁰. Einbezogen wird auch das Recht der juristischen Personen¹¹, bis hin zu Fragen der Durchgriffshaftung¹², des Aufnahmewangs¹³ und der Beschlüsse¹⁴. Dagegen werden Bruchteilsgemeinschaft und Gesamthand als bloße Varianten nicht rechtsfähiger Personengemeinschaften nebeneinander- und damit der juristischen Person gegenübergestellt¹⁵. Von der Gesamthand als Gruppe meint Manfred Wolf, ihr Rechtsfähigkeit zuzuerkennen, entspräche einer natürlichen Betrachtung¹⁶, um dann aber kleinmütig fortzufahren: „Träger und Inhaber der Rechte sind die in der Gemeinschaft als Gruppe miteinander verbundenen Personen. Entsprechend gibt es auch gemeinsame Schulden, für die die zur Gesamthand verbundenen Personen mit dem gemeinsamen Vermögen haften.“ So will es die Konvention, aber wir alle wissen, dass Werner Flume,

⁵ R. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (2. Aufl., 2006), Rn. 195.

⁶ K. Larenz/M. Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (9. Aufl., 2004), § 1 Rn. 69.

⁷ Larenz/Wolf (Fn. 6), § 1 Rn. 71.

⁸ Larenz/Wolf (Fn. 6), § 1 Rn. 73 ff.

⁹ Larenz/Wolf (Fn. 6), § 1 Rn. 78; ausführlich § 43.

¹⁰ Larenz/Wolf (Fn. 6), § 1 Rn. 79.

¹¹ Larenz/Wolf (Fn. 6), § 9.

¹² Larenz/Wolf (Fn. 6), § 9 Rn. 19 ff.

¹³ Larenz/Wolf (Fn. 6), § 9 Rn. 30 f.

¹⁴ Larenz/Wolf (Fn. 6), § 23 Rn. 17 ff.

¹⁵ Larenz/Wolf (Fn. 6), § 9 Rn. 62 ff.

¹⁶ Larenz/Wolf (Fn. 6), § 9 Rn. 74.

auf den diese Ausführungen zielen, im letzten Punkt vollständig anderer Auffassung ist und dass er sich damit im Wesentlichen durchgesetzt hat.

3. Zum Anliegen des Buchs

a) Flumes Werk ist im Bewusstsein der gemeinrechtlichen Tradition entstanden. Bernhard Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts, in der 9. Auflage von 1906 von Theodor Kipp unter Einbeziehung des BGB bearbeitet, teilt das Privatrecht ein in die Teile (I) „Vom Rechte überhaupt“, (II) „Von den Rechten überhaupt“, (III) „Sachenrecht“, (IV) „Obligationenrecht“, (V) „Familienrecht“ und (VI) „Erbrecht“¹⁷. Als „allgemeinen Teil“ bezeichnen Windscheid/Kipp die Teile „Vom Rechte überhaupt“ und „Von den Rechten überhaupt“. Das erste würden wir heute als allgemeine Rechts- und Methodenlehre bezeichnen. Der zweite Bereich („Von den Rechten überhaupt“) umfasst neben der Einteilung der subjektiven Rechte und Rechtsverhältnisse¹⁸, ihrem Entstehen und ihrer Beendigung¹⁹ sowie den rechtlichen und sachlichen Grenzen der Rechtsausübung²⁰ im Wesentlichen die Rechtssubjekte (natürliche und juristische Personen)²¹ und die Rechtsgeschäftslehre²². In Flumes Allgemeinem Teil finden wir genau diese letzteren wieder: die Lehre von den Personen und Rechtsgeschäften. Wohin die Personengesellschaft gehöre, war nach dem romanistischen Rechtsbild der *societas* nicht schwer zu beantworten: Sie gehörte ins Schuldrecht, wo auch Georg Arnold Heise sie vor 200 Jahren in seinem System des gemeinen Rechts angesiedelt hatte²³. Dies war zur Kenntnis zu nehmen ... und zu überwinden!

b) Flumes Anliegen ist zunächst ein durchaus theoretisches. Am deutlichsten wird dies vielleicht in dem etwas weniger beachteten unter seinen drei großen Büchern zum Allgemeinen Teil. Gemeint ist der im Jahr 1983 – Flume war gerade 75 Jahre alt – vorgelegte Band über die juristische Person. Unverkennbar ist hier der Anspruch, eine Rechtsfigur zur Gänze auf den Begriff zu bringen. Die Theorie der juristischen Person, deren Varianten, ihr Beginn und ihr Ende, ihre Autonomie, die Mitgliedschaft und die Verwirklichung der ju-

¹⁷ B. Windscheid/T. Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts (Bd. 1, 9. Aufl., 1906, Nachdruck 1963/1984), 71.

¹⁸ Windscheid/Kipp (Fn. 17), 155 ff.

¹⁹ Windscheid/Kipp (Fn. 17), 296 ff.

²⁰ Windscheid/Kipp (Fn. 17), 529 ff., 602 ff.

²¹ Windscheid/Kipp (Fn. 17), 219 ff.

²² Windscheid/Kipp (Fn. 17), 310 ff.

²³ A. Heise, Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts: zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen (1. Aufl., 1807).

ristischen Person durch ihre Organe – all das fügt sich zu einem personenrechtlichen Gesamtbild zusammen, das uns das Gesetz vorenthält. Der 1977 erschienene Band „Die Personengesellschaft“ will nichts weniger. Das Gesamtbild war hier allerdings, vielleicht weil ungewohnter und noch weniger aus dem Gesetz abzulesen, in seiner Geschlossenheit schwerer, in seiner rechtspolitischen Tragweite dagegen rascher zu erkennen.

c) Dass man die juristische Person neben der natürlichen Person dem Allgemeinen Teil zuordnen kann, wird niemanden verstören. Selbst konventionelle Lehrbücher tun dies²⁴, und nicht umsonst hat das BGB den Verein und die Stiftung als Paradigmata der körperschaftlichen und der nicht-körperschaftlichen juristischen Personen des Privatrechts in den Allgemeinen Teil einbezogen. Dass die Personengesellschaft dazu gehöre, war aber neu, war schlechterdings unerhört.

4. Gesetzeskonforme Kategorienbildung?

Das Systemverständnis deutscher Juristen ist von der Legalordnung bestimmt. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist jedoch bei allem systematischen Anspruch nicht einheitlich gegliedert. Seine Anordnung teils nach Lebenssachverhalten (viertes und fünftes Buch), teils nach Rechtsfiguren (zweites und drittes Buch) ist kritisiert worden²⁵. Seitdem selbst dem Sachenrecht seine kategoriale Ordnungskraft mehr und mehr abgesprochen wird²⁶, bleiben als systembildende Bücher im BGB eigentlich nur das erste und das zweite. Das Schuldrecht beschreibt und ordnet Rechtsverhältnisse, die sich in obligationenrechtlichen Beziehungen erschöpfen (bloße Elemente des Obligationenrechts sind bekanntlich in allen Rechtsverhältnissen und deshalb in allen Büchern des BGB präsent). Der Allgemeine Teil zieht, wie gern gesagt wird, die für alle Bücher geltenden Normen vor die Klammer²⁷. Dass der Gesetzgeber dies mit wissenschaftlicher Akribie vollzogen hätte, lässt sich indes nicht behaupten. Dem standen neben theoretisch ungelösten Fragen redaktionelle Konzessionen entgegen. Wir erkennen dies schon an der Behandlung der juristischen Personen. Mit den Vereinen (§§ 21 ff. BGB) und Stiftungen (§§ 80 ff. BGB) sind zwar Modelle der körperschaftlichen und der nicht-körperschaftlichen juristischen Personen des Privatrechts erfasst. Aber die Handelsgesell-

²⁴ Exemplarisch *H. Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil (31. Aufl., 2007), § 21 Rn. 1 ff.; *D. Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB (9. Aufl., 2006), Rn. 1084 ff.

²⁵ Hinweis bei *O. Behrends*, in: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis* (Bd. 1, 1990), 286 f.

²⁶ So *J. T. Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?* (2006), 526 ff.

²⁷ Statt vieler *Larenz/Wolf* (Fn. 6), § 1 Rn. 69.

schaften und die Genossenschaften wurden gezielt ausgenommen. Für sie verblieb es, wie in der Denkschrift zu lesen, „bei den bisherigen Bestimmungen“²⁸. Man ist versucht, sich zu fragen, wie das Personenrecht des BGB aussehen könnte, hätte der Gesetzgeber Aktiengesellschaften, Gesellschaften m.b.H., Genossenschaften und die Handels-Personengesellschaften einschließlich § 124 HGB in das BGB einbezogen. Aber er hat dies eben nicht getan. So blieben die Konzepte der Handels-Personengesellschaften und der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts unversöhnte Nachbarn, bis Werner Flume – und 30 Jahre danach auch der BGH²⁹ – sie aus ihrer Entfremdung befreite. Das Handelsgesetzbuch, von der Pandektenwissenschaft und auch von den Schöpfern des BGB eher gering geachtet, leistete dabei unerwartete Hilfe. Wesentliche Teile der modernen BGH-Judikatur können als Übernahme von HGB-Grundsätzen in das BGB-Gesellschaftsrecht beschrieben werden³⁰.

Ich will kurz daran erinnern, worin die selbstverschuldete Unmündigkeit des BGB-Gesellschaftsrechts bestand. Der erste Entwurf hatte die Gesellschaft bürgerlichen Rechts noch als *societas*, also als reines Schuldverhältnis geregelt (§§ 629 ff. BGB-E I). Der zweite Entwurf stülpte diesem Schuldverhältnis in den §§ 705 ff. (heute §§ 718 f. BGB) eine gesamthänderische Bindung des „gemeinschaftlichen Vermögens der Gesellschafter“ über³¹, blieb damit aber weit hinter der rechtssubjektiven Verselbständigung der Gesellschaft, wie wir sie aus § 124 HGB kennen, zurück. Flumes Buch über die „Personengesellschaft“ besteht in einer Überwindung dieses in §§ 718, 719 BGB beschriebenen Gesamthandmodells.

II. Das neue Bild der BGB-Außengesellschaft

1. Die konventionelle Sicht

a) Das konventionelle Bild der Gesellschaft findet sich am einfachsten und am klarsten dargestellt im Pandektenlehrbuch von Windscheid/Kipp. Wir lesen da über das Außenrecht der Gesellschaft folgendes³²:

²⁸ Denkschrift in *B. Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (Bd. 1, 1898), 826.

²⁹ Vgl. zur Entwicklungsgeschichte *Karsten Schmidt*, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993 ff.

³⁰ Vgl. nur BGHZ 146, 341, 358; 154, 370, 372.

³¹ Protokolle, in *B. Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (Bd. 2, 1899), 990 ff.

³² *B. Windscheid/T. Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts (Bd. 2, 9. Aufl., 1906, Nachdruck 1963), 787 f.

„So wenig die Gesellschaft den Gesellschaftern gegenüber eine von ihnen verschiedene Person bildet, so wenig tut sie dies gegenüber Dritten. Auch Dritten gegenüber gibt es nur Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschafter, nicht Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Dies ist von Wichtigkeit namentlich in betreff der Verbindlichkeiten. Für die in Gesellschaftsangelegenheiten erwachsenden Verbindlichkeiten haftet nicht die Gesellschaft, sondern es haften dafür die Gesellschafter, sämtliche oder einzelne, und daher, wie für andere Verbindlichkeiten, mit ihrem ganzen Vermögen; sie können nicht etwa die Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen beschränken ... Die Frage, ob aus den Rechtsgeschäften, welche ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten abschließt, auch die übrigen Gesellschafter unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden, beantwortet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Danach tritt eine solche unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung ein, wenn der Gesellschafter in befugter Vertretung der übrigen Gesellschafter gehandelt hat, und zwar sind dann die Gesellschafter berechtigt und verpflichtet nach Gesellschaftsteilen.“

Mit Ausnahme des letzten Satzteils, nämlich der angeblichen Pro-rata-Haftung der Gesellschafter, ist dies der Stand, der Praxis und Literatur ein Jahrhundert lang beherrschen sollte. Zu der Ausnahme ist zu bemerken, dass die herrschende Meinung alsbald auf § 427 BGB zurückgreifen sollte, woraus sich für rechtsgeschäftliche – aber auch nur für rechtsgeschäftliche! – Verbindlichkeiten eine unbeschränkte Haftung aller Gesellschafter ergab.

Auch die in § 718 BGB enthaltene Beschreibung des Gesellschaftsvermögens als „gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter“ wurde seinerzeit ernst genommen. Bei Windscheid/Kipp lesen wir etwa³³:

„Den Gesellschaftern stehen Anteile an dem Gesellschaftsvermögen zu; ein Gesellschafter kann aber weder über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen im ganzen noch über seine Anteile an den einzelnen Gegenständen desselben verfügen; er kann nicht Teilung verlangen (§ 719 Abs. 1), vorbehaltlich natürlich des Anspruchs auf Auseinandersetzung nach Auflösung der Gesellschaft. Der Anteil an den einzelnen Gegenständen ist auch nicht pfändbar (ZPO 859 Abs. 1 S. 2), wohl dagegen der Anteil am Gesellschaftsvermögen im ganzen (ZPO 859 Abs. 1 S. 1).“

Das ist eine Widerspiegelung des Gesetzestextes, und genau so wurde die Gesamthandsgesellschaft durch das ganze 20. Jahrhundert von den Gerichten verstanden und in den meisten Hörsälen geschildert.

b) Kennzeichnend für das Gesamthandprinzip war nach dieser tradierten Gesamthandlehre die gesamthänderische Bindung, exemplarisch und auf voller Höhe entwickelt in der Habilitationsschrift von Joachim Schulze-Osterloh³⁴. Deutlich moderner hatte es schon vor knapp 100 Jahren bei Andreas von Tuhr geklungen³⁵:

³³ Windscheid/Kipp (Fn. 32), 790.

³⁴ J. Schulze-Osterloh, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, 1972.

³⁵ A. v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (Bd. 1, 1910), 352.

„Das Gesamtvermögen ist vom Einzelvermögen der Teilhaber vollkommen getrennt ... vor allem durch die Verschiedenheit des Subjekts: wenn A B C Genossen einer Gesamthand sind, so ist jeder Subjekt seines Einzelvermögens; das Gesamtvermögen aber gehört keinem von ihnen, sondern der ganzen Personengruppe A B C. Daher ist ein Recht des Gesamtvermögens nicht zugleich ein Recht des einzelnen Teilhabers; an einer Sache, die zum Gesamtvermögen gehört, hat der Teilhaber kein Eigentum, auch keinen Teil des Eigentums; er ist an ihr nur in sofern berechtigt, als er zusammen mit seinen Genossen Subjekt des Gesamtvermögens ist.“

Da merkt man auf und glaubt schon die Morgenröte des Flume'schen Konzepts zu erkennen. Das Verhältnis zwischen juristischer Person und Gesamthand beschreibt Andreas von Tuhr dann aber doch wieder mit folgendem Vergleich³⁶:

„Die Mitglieder eines Vereins sind überhaupt nicht, auch nicht in ihrer Gesamtheit, Subjekte des Vereinsvermögens ... Bei der Gesamthand dagegen gibt es außer und über den Teilhabern kein weiteres Subjekt, dafür aber ein Rechtsverhältnis unter den Teilhabern. Dieser Unterschied, der de lege lata streng eingehalten werden muß, wird leicht verwischt oder wenigstens der Gefahr der Verdunkelung ausgesetzt, wenn man mit Gierke die Gesamthand als eine Personeneinheit bezeichnet, die als solche rechts- und handlungsfähig ist.“

2. Der gegenwärtige Stand

Heute wissen wir, dass zwar nicht schon Otto von Gierke, wohl aber Flume der solcherart abgelehnten These zum Durchbruch verholfen hat. Dreißig Jahre nach Flumes erstem Vorstoß³⁷, nämlich im Jahr 2001, erkannte der Bundesgerichtshof die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als

- rechtsfähig, als
- handlungsfähig und sogar als
- parteifähig

an³⁸. Dies ist jetzt herrschende Auffassung. Nur im Prozessrecht regt sich noch Widerstand³⁹. Dass diese prozessrechtliche Gegenreformation sich behaupten wird, ist nahezu ausgeschlossen, zumal die Insolvenzordnung auch die Insolvenzfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausdrücklich anerkannt hat (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO)⁴⁰.

³⁶ v. Tuhr (Fn. 35), 81 f.

³⁷ W. Flume, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), 177 ff.

³⁸ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; zur Rechtsentwicklung vgl. Karsten Schmidt, NJW 2001, 993 ff.

³⁹ Vgl. nur E. Schilken, Zivilprozessrecht (4. Aufl., 2006), Rn. 263; R. Bork, in: Stein/Jonas (Hrsg.), Kommentar zur ZPO (22. Aufl., 2004), § 50 Rn. 23.

⁴⁰ Gemeint ist selbstverständlich nur die BGB-Außengesellschaft; überflüssig ist

Der hinter diesem Stand der Rechtsentwicklung stehende Kraftakt ist wohl schon heute nicht mehr im allgemeinen Bewusstsein von Wissenschaft und Praxis gegenwärtig. Er ging von Flume aus und wurde alsbald machtvoll von Peter Ulmer⁴¹, daneben mehreren anderen – ich gehörte dazu⁴² – unterstützt, bis eben der späte Durchbruch zur herrschenden Auffassung gelang.

Auf den Wortlaut des BGB konnte diese Entwicklung nicht bauen. Das trug der Lehre von der rechtsfähigen Personengesellschaft beträchtliche Einwände ein.

3. Gesetz und Recht

Nicht nur die rechtsprechende Gewalt, auch die wissenschaftliche Befassung mit der *lex lata* ist an „Gesetz und Recht“ gebunden⁴³. Die Lehre von der rechtsfähigen Personengesellschaft hatte es in dieser Hinsicht nicht leicht.

a) Flumes Modell der rechtsfähigen Gesamthandsgesellschaft ruht, was das Gesetz anlangt, auf zwei Elementen: auf der Überwindung der §§ 718 f. BGB und auf dem prägenden Vorbild des § 124 HGB. Zum BGB lesen wir⁴⁴:

„Der Gesetzgeber hat nicht gesehen, dass jedenfalls mit der Übernahme des Gesamthandsprinzips der Gesellschaftsvertrag der Gesamthandsgesellschaft nicht mehr nur ein Schuldvertrag ist, sondern zum Verbandsrecht gehört, die Gesellschaft ein ‚verbandsrechtliches Gebilde‘ ist und der Gesellschaftsvertrag ein ‚Gemeinschaftsvertrag‘, ein ‚Organisationsvertrag‘ ist, durch welchen die Gesellschaft als Gesamthand zu einer Organisationseinheit geworden ist, die Beteiligte des Rechtsverkehrs und Bezugspunkt von Rechtsverhältnissen ist. In Rechtsprechung und Literatur ist auch heute zu vielen Fragen die Wandlung von der römischrechtlichen Sozietät zur Gesamthandsgesellschaft noch nicht vollzogen worden. Die Problematik der Gesamthandsgesellschaft wird weiterhin immer noch auf die Gesellschafter als – wenn auch verbundene – Einzelpersonen bezogen, nicht aber als eine solche der Gesellschaft als Personengemeinschaft behandelt.“

deshalb die Überlegung von *H. Prütting*, Ist die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts insolvenzfähig?, ZIP 1997, 1725, 1731 f.

⁴¹ *P. Ulmer*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (= Sonderausgabe aus Münch-KommBGB; 1. Aufl., 1980; jetzt 4. Aufl., 2004).

⁴² Vgl. außer dem Lehrbuch etwa *Karsten Schmidt*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (Bd. 3, 1983), 413 ff.; vgl. auch *W. Hadding*, in: H. T. Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Bd. 2, 11. Aufl., 1985), § 718 Rn. 3 (jetzt 12. Aufl. 2007, § 718 Rn. 3); zuvor bereits *W. B. Schönemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft (1975), 110 ff.

⁴³ Treffend *D. Reuter*, Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit, AcP 207 (2007), 673, 674: „Weiterentwicklung der Dogmatik nicht *legibus solutus*“.

⁴⁴ *Flume*, Personengesellschaft (Fn. 1), S. 4.

Die Überwindung des veralteten Gesamthandsmodells sieht Flume vorgezeichnet in § 124 HGB⁴⁵:

„Die Vorschrift des § 124 HGB sagt, was die materiell-rechtliche Regelung anbetrifft, für die oHG etwas Besonderes nur hinsichtlich des Gebrauchs der Firma. Im übrigen wird in § 124 HGB nur das Gesamthandsprinzip als solches dokumentiert. Jede Gesamthandsgruppe ... kann, soweit sie zum Rechtsverkehr zugelassen ist, für sich, d.h. für die Gruppe, die Personengemeinschaft, „Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben.“

b) Diese These musste auf Widerstand stoßen. Für die tradierte Auffassung war sie starker Tobak. Die Einwendungen waren zunächst ganz positivistischer Art. Robert Fischer etwa, zuvor Präsident des Bundesgerichtshofs, schrieb in seiner vielbeachteten Rezension zu Flumes Modell⁴⁶:

„Aber es findet im geltenden Recht m.E. keine ausreichende Grundlage. Schon die Tatsache, dass das Bürgerliche Gesetzbuch an der Zuordnung der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft trotz der Änderungen im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zum Schuldrecht festgehalten hat und Flume darüber nur mit dem Tadel, der Gesetzgeber habe die Tragweite seiner Änderung nicht erkannt, hinwegzukommen vermag, lässt Zweifel darüber aufkommen, ob sich Flume mit seiner Auffassung noch im Rahmen der gesetzlichen Regelung hält.“

Die akademische Mehrheit teilte diese Einschätzung⁴⁷. Bis heute wird – beispielsweise von Claus Wilhelm Canaris⁴⁸ – der Vorwurf der Unvereinbarkeit mit dem geschriebenen und geltenden Recht erhoben. Auch Flumes Kronzeuge, der § 124 HGB, wird z.B. von Bork in Umkehrung der Flume'schen Überlegungen gegen die rechtsfähige Personengesellschaft in Stellung gebracht: nicht als Modell oder als Analogiebasis, sondern als Anknüpfungspunkt eines Gegen schlusses⁴⁹. Denn sinnvoll ist diese Vorschrift nach Bork „nur vor dem Hintergrund, ... dass Gesamthandsgemeinschaften normalerweise nicht rechtsfähig sind, so dass für die Handelsgesellschaften eine Ausnahme formuliert werden musste.“ Nehmen wir noch § 105 Abs. 3 HGB hinzu, der eine Anwendung von BGB-Gesellschaftsrecht auf die oHG, aber beileibe keine Anwendung von oHG-Recht auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorsieht, dann scheint Flumes Lehre das Gesetz auf den Kopf zu stellen.

c) Ich selbst kann in Flumes mutigem Fortschreiten einen Verstoß gegen das geltende Recht nicht erkennen. Der Widerspruch zwischen § 124 HGB (das Gesellschaftsvermögen gehört der Gesellschaft) und § 718 BGB (das Ge-

⁴⁵ Flume (Fn. 1), 69.

⁴⁶ R. Fischer, ZGR 1979, 251, 257.

⁴⁷ Vgl. nur A. Kraft/P. Kreutz, Gesellschaftsrecht (11. Aufl., 2000), 102 ff.; besonders markant W. Zöllner, in: FS Kraft (1998), 701 ff.

⁴⁸ ZGR 2004, 69 ff.

⁴⁹ Bork (Fn. 5), Rn. 195.

schaftsvermögen gehört den Gesellschaftern) ist, wenn man die Bestimmungen wörtlich nimmt, schlechterdings unerträglich. Er ist dies noch viel mehr, seitdem jede BGB-Außengesellschaft durch Eintragung im Handelsregister identitätswahrend in eine oHG oder KG verwandelt werden kann (§ 105 Abs. 2 HGB 1998)⁵⁰. Die Unsinnigkeit der gesetzlichen Divergenz ließ sich auch nicht dauerhaft mit der wohlfeilen Formel kaschieren, aus § 124 HGB könne sich auch für die oHG keine Rechtsträgerschaft der Gesellschaft ergeben, da diese nun einmal keine juristische Person sei⁵¹. So haben wir es früher gelernt. Generationen von Juristen haben sich diesen Schwindel im Glauben an das Gesamthandsprinzip der §§ 718, 719 BGB zu eigen gemacht, ohne dass die Gesetzwidrigkeit dieser Notlüge ernsthaft zur Sprache gekommen wäre. Kaum aber hatte Flume die Begradigung in umgekehrter Richtung unternommen, schon wurde und wird mahndend auf die Gesetzesbindung verwiesen. Doch die Rechtsanwendung musste sich nun einmal für das eine oder das andere Modell entscheiden. Da § 124 HGB der Natur der Sache und dem Bedürfnis nach Praktikabilität weitaus besser als § 718 BGB entsprach, musste sich Flumes Konzept geradezu durchsetzen.

III. Zweck und Gesellschaftsvertrag als konstituierende Prinzipien

Die Gesellschaft, von der Flume als von einer Gesamthand spricht, ist das, was der früh verstorbene Uwe John als „organisierte Rechtsperson“ bezeichnet hatte⁵²: ein durch Organisation, Haftungsverband und Identitätsausstattung zu einer Wirkungseinheit verselbständigt Ganzes⁵³. Wie produktiv diese Sicht für ein tiefenscharfes Bild der Personengesellschaft war und ist, bedarf heute, nachdem sich Werner Flumes Sichtweise durchgesetzt hat, keiner beschwörenden Reklame mehr. Eher ist es an der Zeit, die Bedeutung von Flumes Thesen für diesen Fortschritt noch ins Bewusstsein zu rücken, nachdem uns vieles aus seinem Werk so selbstverständlich geworden ist. Hierfür sollen Beispiele genannt werden.

⁵⁰ Vgl. zu § 105 Abs. 2 BGB *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht (4. Aufl., 2002), 358; ausführlich *ders.*, in: MünchKommHGB (2. Aufl., 2006), § 105 Rn. 50 ff.; enger die h.M.; vgl. nur *J. Wertenbruch*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB (2. Aufl., 2008), § 105 Rn. 24; vermittelnd *Hopt*, in: Baumbach, HGB (32. Aufl., 2008), § 105 Rn. 13.

⁵¹ Exemplarisch RG, JW 1901, 576.

⁵² *U. John*, Die organisierte Rechtsperson (1977), 65 ff.

⁵³ *John* selbst war freilich im Bezug auf die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts zurückhaltend (vgl. *John* (Fn. 52), 160 ff.).

1. Der gemeinsame Zweck

Entschieden aufgeräumt hat Werner Flume mit dem Begriff des „gemeinsamen Zwecks“ als Zentralbegriff des Gesellschaftsrechts⁵⁴. Dieser gemeinsame Zweck hat im Verbandsrecht eine vollständig andere Funktion als im Schuldvertragsrecht. Soll dieses Merkmal im Schuldrecht den Gesellschaftsvertrag von einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften, von Austauschverträgen und vom Handeln für fremde Rechnung, also vom Auftrag, abgrenzen, so geht es im Recht der Außengesellschaften um ein verbandskonstituierendes Element. Der gemeinsame Zweck der organisierten Personengesellschaft ist m.a.W. sachlich nichts anderes als der Zweck und Unternehmensgegenstand einer GmbH i.S. von §§ 1, 3 GmbHG⁵⁵: Er ist der Verbandszweck, und der setzt einen den individuellen Gesellschaftern gemeinsamen Zweck nicht voraus. Das ist folgenreich. Insbesondere gibt es entgegen allem, was wir früher gelernt haben, auch kein Verbot der *societas leonina*!

Dieser Überlegung habe ich mich bei der Abfassung meines Gesellschaftsrechtslehrbuchs vor nunmehr auch schon einem Vierteljahrhundert aus voller Überzeugung angeschlossen⁵⁶. Sie verblüfft durch Einfachheit, theoretische Schärfe und praktische Nützlichkeit. Um nur ein Beispiel dafür zu geben, wie sehr sie der Praxis entspricht, greife ich den in der Praxis häufigen Fall der sog. Einpersonen-GmbH & Co. KG heraus. Zur Erinnerung: Wer wirtschaftlich gesehen Einzelunternehmer ist, kann sein Unternehmen als Einzelkaufmann, als Gesellschafter einer Einpersonen-AG oder -GmbH führen, jedoch auch in Form einer sog. Einpersonen-GmbH & Co. KG. An ihr hat er selbstverständlich als Kommanditist den Löwenanteil. Seine Mitgesellschafterin, die von ihm selbst gehaltene und beherrschte Komplementär-GmbH spielt die Rolle des Opferlammes, ohne dass daran irgendetwas auszusetzen wäre.

Ein mir besonders vertrautes Beispiel zur Anschauung war etwa der ZEIT-Verlag zu Lebzeiten seines Gründers. An ihm war anfangs als einziger Komplementär, später als einziger Kommanditist Dr. iur. Gerd Bucerius und als einzige Komplementärin die tempus GmbH beteiligt, deren einziger Gesellschafter wiederum Gerd Bucerius war. Wer die GmbH & Co.-Praxis kennt, wird sich denken, wie das im Innenverhältnis aussah: Die vollhaftende GmbH hatte keine Kapitalbeteiligung, kein Stimmrecht und keine Beteiligung an Gewinn und Verlust. Alle staatsbürgerlichen, publizistischen und kommer-

⁵⁴ Flume (Fn. 1), 37 ff.

⁵⁵ Zum umstrittenen Verhältnis zwischen Gesellschaftszweck und Gegenstand des Unternehmens vgl. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I/2, Die juristische Person (1983), 323 ff.; zur h.M. vgl. V. Emmerich, in: Scholz, GmbHG (10. Aufl., 2006), § 1 Rn. 2 ff.

⁵⁶ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht (1. Aufl., 1986), 151 ff.

ziellen Interessen lagen bei Gerd Bucerus, und die GmbH wurde – dies ist Vertragsgestaltungsstandard! – mit einer Provision für ihr Haftungsrisiko abgespeist. Vor uns liegt damit der geradezu klassische Fall einer *societas leonina*, bestehend aus einem herrschenden Kommanditisten und seiner Sklavin, der GmbH. Aber es fehlte dieser Gesellschaft nicht am „gemeinsamen Zweck“ im Sinne eines Verbandszwecks. Warum das so ist, hat uns Werner Flume gelehrt: ein Musterbeispiel für den praktischen Nutzen einer guten Theorie!

2. Außengesellschaft / Innengesellschaft

Für überzeugend, ja geradezu zwingend, halte ich auch die von Flume formulierte Abgrenzung zwischen Außengesellschaften und Innengesellschaften. Wir Älteren haben einmal gelernt, eine Gesellschaft, die nach außen erkennbar sei, sei eine Außengesellschaft, jede andere eine Innengesellschaft. Das mag ein hübscher Spruch für den Hörsaal sein. Anfangen kann man damit nichts. In meiner Liebe zu banalen Beispielen habe ich diese Kritik auf die Formel gebracht: „Zwei Namen am Klingelknopf machen aus einer Wohngemeinschaft noch keine Außengesellschaft.“ Hinter dieser Banalität verbirgt sich ein Rechtsproblem. Die richtige Abgrenzung ist überaus schwierig. Eine Regattacrew kann Innen- oder Außengesellschaft sein, und dasselbe gilt für ein professionelles Streichquartett. Flume hat uns gelehrt, wozu wir die Unterscheidung benötigen, nämlich für die Rechtszuordnung im Außenverhältnis. Gelehrt hat er uns auch, dass die Unterscheidung nicht an kruden Fakten hängt, sondern eine Rechtsfrage ist.

In den Worten von Flume⁵⁷ sollte sie „danach vorgenommen werden, ob das Gesellschaftsverhältnis ausschließlich ein Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander ist oder ob die Gesellschaft als Gesamthand, d.h. als Gruppe, Träger von Rechtsbeziehungen ist. Bestehen für die Gesellschaft als Gruppe Rechtsbeziehungen, so ist sie per definitionem Außengesellschaft. Dies ist auch dann der Fall, wenn Rechtsbeziehungen nur zwischen der Gesellschaft als Gruppe und den Gesellschaftern begründet sind ... Man kann sehr wohl mit dem BGH sagen, es sei für eine Innengesellschaft kennzeichnend, dass sie im Rechtsverkehr nicht selbst in Erscheinung tritt.“ Soweit Flume. Es ist dies zugleich ein Aufruf an die Vertragsgestaltung, die Verhältnisse unmissverständlich zu ordnen. Wer beispielsweise den Vertrag für unser Streichquartett gestaltet, sollte nicht nur über das Innenverhältnis, z.B. über die Verteilung der Gagen, nachdenken, sondern auch darüber, ob das Quartett selbst Vertragspartner im Außenverhältnis ist und wer es vertritt. Wenn es

⁵⁷ Flume (Fn. 1), 6.

an dieser Klarstellung fehlt – so verhält es sich in erstaunlich vielen Wirtschaftssachverhalten! – ist die Abgrenzung von Innen- und Außengesellschaft eine schwierige Auslegungsfrage. Wir wissen von Flume, warum!

3. Vertragsauslegung

Eine bei Erscheinen des Werks verbreitete Lesart ging dahin, dass die Satzung einer Körperschaft – nicht anders als etwa eine Satzung einer Personengesellschaft – „objektiv“, der Vertrag einer Personengesellschaft, wie andere Verträge auch, dagegen „subjektiv“ nach dem im Vertrag nur begrenzt dokumentierten Verständnis der Vertragsparteien auszulegen sei⁵⁸. Dass dies nicht recht stimmen will, verrät uns wieder das Beispiel der GmbH & Co. KG, bei dem Personengesellschaftsvertrag und körperschaftliche Satzung miteinander verzahnt werden⁵⁹. Kein Praktiker wird akzeptieren, dass hier der eine Gesellschaftsvertrag „objektiv“ ausgelegt werden soll, der andere „subjektiv“. Dass die herrschende Doktrin auch theoretisch nicht stimmt, lehrt uns Flume. Er erkennt im Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft deren Verfassung⁶⁰. „Auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrags als der Verfassung entfaltet sich das Leben der Gesellschaft.“⁶¹ Aufgrund dieser Erkenntnis bezweifelt Flume die herrschende Meinung, nach der der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft anders ausgelegt werden soll als eine körperschaftliche Satzung⁶² und nach der seine Auslegung, wiederum anders als bei einer Satzung, nicht revisibel sein soll⁶³. Diese Kritik überzeugt in jeder Hinsicht. Auch die von Flume unterstrichene Bedeutsamkeit der ergänzenden Vertragsauslegung im Leben der Gesellschaft⁶⁴ entspricht dem modernen Bild der verfassten Personengesellschaft, und dies ist ein neues Beispiel für den praktischen Wert einer durchdachten Theorie.

⁵⁸ Vgl. nur BGH, GmbHR 1982, 129, 130; s. auch *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht (Bd. 2, 2004), 127.

⁵⁹ Vgl. *Karsten Schmidt*, in: MünchKommHGB (Fn. 50), § 105 Rn. 105; zur modellbildenden Kraft der GmbH & Co.-Praxis vgl. *ders.*, Die GmbH & Co. KG als Lehrmeisterin des Personengesellschaftsrechts, JZ 2008, 425 ff.

⁶⁰ *Flume* (Fn. 1), 32.

⁶¹ *Flume* (Fn. 1), 32.

⁶² *Flume* (Fn. 1), 36.

⁶³ *Flume* (Fn. 1), 37.

⁶⁴ *Flume* (Fn. 1), 33 f.

4. Die fehlerhafte Gesellschaft

Damit bin ich auch schon bei meinem vierten Beispiel: der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft. Entscheidend für deren Einordnung ist nach Flume nicht, dass das Institut der fehlerhaften Gesellschaft – wie vielfach gelehrt wird⁶⁵ – die Nichtigkeitsfolgen eines Vertrags reduziert. Diesen Effekt auf der Rechtsfolgenseite kennen wir auch von fehlerhaften Miet- oder Arbeitsverhältnissen⁶⁶. Flume diskutiert ihn als Frage der „faktischen Vertragsverhältnisse“ im „Rechtsgeschäft“ und nicht in der „Personengesellschaft“⁶⁷. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bedeutet für Flume etwas anderes. Sie ist personenrechtlich in dem Sinne, dass die Existenz und Verfassung der Gesellschaft ein von der Wirksamkeit bloß schuldvertraglicher Abreden der Gesellschafter untereinander zu unterscheidendes Thema ist⁶⁸. Dieses Thema ist für Flume bei der Personengesellschaft nicht prinzipiell anders zu behandeln als bei der Kapitalgesellschaft⁶⁹, bei der uns die §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG eine Brücke zur Anerkennung des fehlerhaft gegründeten Rechtsträgers bauen⁷⁰: Auch die durch fehlerhaften Gesellschaftsvertrag begründete Außen-Personengesellschaft ist ein „wirklicher“, nicht bloß „scheinbarer“ Rechtsträger⁷¹. Und auch fehlerhafte Vertragsänderungen werden nicht um ihrer schuldrechtlichen Wirkung willen anerkannt – insofern könnte u.U. die ergänzende Vertragsauslegung helfen –, sondern um ihrer verfassungsändernden Wirkung willen⁷². Wir sehen: Die Annäherung an das Recht der juristischen Personen ist, wie hier schon angemerkt sei, signifikant und folgenreich.

5. Die Mitgliedschaft

Mit dem Entwurf der Personengesellschaft als Rechtsträgerin geht die Entdeckung der Mitgliedschaft einher. Deren Vorhandensein ist bei den Körperschaften mit Händen zu greifen⁷³. Für das Vereinsrecht und Genossenschafts-

⁶⁵ Vgl. nur Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht (21. Aufl., 2008), § 13 Rn. 11; Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht (6. Aufl., 2006), 388 ff.

⁶⁶ Vgl. namentlich zu den Arbeitsverhältnissen B. Boemke, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis (1999), 475 ff.

⁶⁷ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 1965), 98.

⁶⁸ Deutlich Flume (Fn. 1), 26.

⁶⁹ Flume (Fn. 1), 18 gegen *Canaris*.

⁷⁰ Diese „Nichtigkeitsklagen“ sind richtigerweise Auflösungsklagen; vgl. Karsten Schmidt, in: FS Kollhosser (Bd. 2, 2004), 679 ff.

⁷¹ Flume (Fn. 1), 18 gegen *Canaris* und *Möschel*.

⁷² Flume (Fn. 1), 28 f.

⁷³ Flume (Fn. 1), 125.

recht ist sie im Gesetz ausdrücklich benannt (§ 38 BGB, § 15 GenG), in der AG und der GmbH als Aktie (§ 8 AktG) bzw. als Geschäftsanteil (§ 14 GmbHG) vermögensrechtlich unterlegt. Versteht man die Personengesellschaft nun als eine verfasste Wirkungseinheit, so sind auch ihre Gesellschafter nicht bloß als Vertragspartner und schon gar nicht als Eigner eines Sondervermögens miteinander verbunden, sondern durch die Mitgliedschaft in einem rechtsfähigen Verbund, von Flume bezeichnet als „Gruppe“. Ob diese Mitgliedschaft, was bei den Körperschaften umstritten war, subjektives Recht oder Rechtsverhältnis ist, erklärt Flume überzeugend nicht für diskussionsbedürftig, weil es diese Dichotomie nicht gibt⁷⁴. Die Mitgliedschaft ist Rechtsverhältnis und Rechtsgegenstand⁷⁵. Sie ist, was das Reichsgericht in den letzten Monaten seines Daseins uns als Vermächtnis hinterlassen hatte, als Rechtsgegenstand sogar übertragbar, sofern sie durch Vertragsklausel oder durch Zustimmung aller Gesellschafter entwinkuliert ist⁷⁶. Diese Wegorientierung vom scheinbar unübertragbaren Gesamthänderanteil am Gesellschaftsvermögen (§ 719 BGB) hin zum mitgliedschaftlichen Geschäftsanteil als einem verfügbaren Wirtschaftsgut⁷⁷ ist ein wesentlicher Baustein von Flumes Theorie der verfassten Personengesellschaft. § 719 Abs. 1 BGB, wonach der Vermögensanteil des Gesellschafters nicht übertragbar ist, steht nicht im Wege, weil es den im Gesetz apostrophierten Vermögensanteil überhaupt nicht gibt⁷⁸.

Wir sehen: Die Geschlossenheit des Modells ist von erhellender Brillanz und zwingender rechtspolitischer Kraft. Vieles, was heute Gemeingut ist, verdanken wir ihm oder haben es doch erst durch Flume so recht verstanden.

IV. Ist die Lehre von der rechtsfähigen Personengesellschaft eine Gesamthandlehre?

1. Fragestellung

In einem rein theoretischen, aber sehr wesentlichen Punkt bin ich zu dem Buch inzwischen allerdings vorsichtig auf Distanz gegangen. Der Band heißt „Die Personengesellschaft“. Auf die Personengesellschaft – genauer: die Außen-Personengesellschaft – und nur auf sie bezieht sich Flumes überzeugende Beweisführung. Diese Personengesellschaft ist nun nach Flume Ge-

⁷⁴ Flume (Fn. 1), 127.

⁷⁵ Vgl. dazu auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht (Fn. 50), 548 ff.

⁷⁶ RG, DNotZ 1944, 195 = WM 1964, 1130; dazu Flume (Fn. 44), 126, 345 ff.

⁷⁷ Vgl. dogmengeschichtlich Wiedemann (Fn. 58), 323 ff.

⁷⁸ Flume (Fn. 1), 71, 119, 351.

samthandsgesellschaft⁷⁹, und wohl niemand hätte ihm darin vor 30 Jahren widersprochen. Gesamthandsgesellschaft und Außen-Personengesellschaft erschienen als synonyme Begriffe, womit die Aufgabe des Autors vorgezeichnet schien und in die Frage mündete: „Was ist, wie ordnet sich die Gesamthand?“ Das Werk stellt sich als Neukonzeption der Gesamthandlehre dar, obwohl es auf die Gütergemeinschaft und auf die Erbengemeinschaft nur Seitenblicke wirft.

In früheren Jahren und Jahrzehnten habe ich Flumes Lehre deshalb als „neue Gesamthandlehre“ gefeiert, eben weil sie mein Gesellschaftsrechtsbild geprägt hatte und dies heute noch tut. Studienanfänger habe ich mit der Botschaft verwundert, es gebe als Rechtssubjekte nicht nur natürliche und juristische Personen, sondern auch die Gesamthandsgesellschaften. Später mehrten sich Zweifel an dieser Einordnung (beileibe nicht auch an der Flume'schen Lehre als solcher). Wie man der vorerst letzten Auflage meines „Gesellschaftsrechts“ entnehmen kann⁸⁰, frage ich mich mehr und mehr⁸¹: Handelt das Flume'sche Buch wirklich vom Neubau der Gesamthandlehre oder nicht vielleicht doch „nur“ von der rechtsfähigen Personengesellschaft? Die damit aufgeworfene Frage ist eine doppelte. Sie lautet: Was ist eine Gesamthand, und welches ist die Rechtsnatur der Außen-Personengesellschaft?

2. Die Gesamthand: ein Einheitskonzept?

a) Bitte erwarten Sie, meine Damen und Herren, von mir keine gültige Gesamthandstheorie. Daran haben sich Größere versucht. Was Sie aber erwarten dürfen, ist eine Antwort auf die Frage, ob die Gesamthand eine Einheitsfigur ist. Meine Antwort heißt: nein⁸². Flume sieht dies im Ausgangspunkt ebenso⁸³. Er bezieht die Gütergemeinschaft und die Erbengemeinschaft zwar mehrfach vergleichend in seine Darstellung ein⁸⁴, hebt sie aber im Hinblick auf ihre ehegüterrechtlichen bzw. erbrechtlichen Spezifika mit der Personengesellschaft nicht auf eine Ebene⁸⁵. Dennoch erklärt er ungeachtet der historischen Ent-

⁷⁹ Flume (Fn. 1), 50 ff.

⁸⁰ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht (Fn. 50), 181 ff., 196 ff.

⁸¹ Klarsichtig D. Reuter, Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit, AcP 207 (2007), 673, 678: „Erst nachfolgende Autoren, allen voran Karsten Schmidt und Ulmer, haben sich zumindest der Sache nach vom Streit um die Rechtsnatur der Gesamthand gelöst ...“

⁸² Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht (Fn. 50), 200 ff.; ders., Erbteilsabtretung, Mit-erbenabfindung und Anwartschaft bei der Erbengemeinschaft, AcP 205 (2005), 305, 327.

⁸³ Flume (Fn. 1), 1.

⁸⁴ Flume (Fn. 1), 64 ff., 90 Fn. 12, 118 f., 373, 380 f., 395.

⁸⁵ Flume (Fn. 1), 2.

wicklung – die §§ 718 ff. BGB verdanken sich ja erst dem Zweiten BGB-Entwurf⁸⁶ – die Gesamthands-Personengesellschaft zur „Urfigur“ der Gesamthand und betrachtet die Gesamthandsgesellschaft als „paradigmatisch für die Gesamthand an sich“⁸⁷. Paradigmatisch für die Gesamthandsgesellschaft und damit auch für die Gesamthand an sich ist nach Flume nun wiederum § 124 HGB⁸⁸: „Jede Gesamthandsgruppe, d.h. jede Gruppe, für welche das Gesamthandsprinzip gilt, kann, soweit sie zum Rechtsverkehr zugelassen ist, für sich ..., Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben.“ Das gilt nach Flume auch für die Erbengemeinschaft⁸⁹ und im Kern sogar auch für die Gütergemeinschaft⁹⁰. Hier habe ich Zweifel. Schon Robert Fischer hat Flume entgegengehalten, dies sei mit dem geltenden Recht unvereinbar⁹¹. Nun braucht, wie wir sehen, Flumes Konzept solcherlei positivistische Schulmeisteri ja im Kern nicht zu fürchten. Auch wird die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft heute von manchen – nicht freilich vom BGH⁹² – mit guten Gründen befürwortet⁹³. Aber hat das etwas mit ihrer Gesamthandsqualität zu tun⁹⁴? Und ist vor allem die Gütergemeinschaft wirklich ein von den Eheleuten zu separierendes Subjekt oder nicht doch nur ein Güterstand, der den Ehegatten fünf Vermögensmassen zuweist, darunter als Gemeinschaftsvermögen das Gesamtgut⁹⁵?

b) Ich meine, dass sich die Gesellschaft von Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft doch ganz grundlegend unterscheidet, und zwar durch ihre Binnenstruktur. Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft sind keine verfassten Organisationen, sondern sie sind wirklich nur Rechtsformen gemeinschaftlichen Habens, deren Annäherung an echte Subjektqualität mit einem

⁸⁶ Protokolle, in: Mugdan, Bd. 2 (Fn. 31), 988 ff.

⁸⁷ Flume (Fn. 1), 2.

⁸⁸ Flume (Fn. 1), 69.

⁸⁹ Flume (Fn. 1), 59 Fn. 48.

⁹⁰ Flume (Fn. 1), 90 Fn. 12.

⁹¹ R. Fischer, Neue Wege im Recht der Personengesellschaften? Eine Besprechung des Buches „Die Personengesellschaft“ von Werner Flume, ZGR 1979, 251, 258.

⁹² BGH, NJW 2002, 3389; NJW 2006, 3715.

⁹³ Vgl. namentlich C. Ann, Die Erbengemeinschaft (2001), 397 ff.; C. Eberl-Borges, Die Erbaueinandersetzung (2002), 13 ff., 47; B. Grunewald, Die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, AcP 197 (1997), 305 ff.; für unternehmenstragende Erbengemeinschaften auch Karsten Schmidt, Die Erbengemeinschaft nach einem Einzelkaufmann, NJW 1985, 2785, 2788 ff.; scharf ablehnend etwa V. Beuthien, Zur Grundlagenunge-
wissenheit des deutschen Gesellschaftsrecht, NJW 2005, 855, 857; kritisch auch Reuter, AcP 207 (2007), 673, 704 ff.

⁹⁴ Das bejaht Eberl-Borges (Fn. 93), 13 ff., 47.

⁹⁵ J. Gernhuber/D. Coester-Waltjen, Familienrecht (5. Aufl., 2006), § 38 Rn. 4 ff.

Schlag nicht gelingen kann⁹⁶. Die Verwaltung des Gesamtguts (§ 1421 BGB) ist nicht mit organschaftlichen Befugnissen verbunden⁹⁷, und die den Nachlass verwaltenden Miterben (§ 2038 BGB) sind wohl doch nicht Vertretungsorgane der Erbengemeinschaft⁹⁸. Gesamtgut und Nachlass sind zuallererst gebundene Sondervermögen. Deshalb sind auch die §§ 1419 Abs. 1, 2033 Abs. 1 BGB wörtlich zu nehmen: Ein Ehegatte kann nicht über seinen Anteil am Gesamtgut und an den dazu gehörigen Gegenständen verfügen (§ 1419 Abs. 1 BGB). Ein Miterbe kann gleichfalls nicht über seinen Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen verfügen (§ 2033 Abs. 2 BGB), wohl allerdings in notarieller Form über seinen Anteil am Nachlass (§ 2033 Abs. 1 BGB). Geschieht dies, so wird aber der Erwerber nicht etwa Miterbe⁹⁹, sondern er erwirbt, ganz wie im Gesetz beschrieben, nur den dem Miterben zugefallenen Anteil am Nachlass als Sondervermögen¹⁰⁰.

Bei der Gesellschaft verhält es sich vollkommen anders. Das Gesellschaftsvermögen ist eben nicht, auch wenn es § 718 BGB so bezeichnet, ein „gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter“¹⁰¹. Der Anteil eines jeden ist – wie Flume in aller Klarheit herausgearbeitet hat – eine übertragbare und auch pfändbare Mitgliedschaft¹⁰², ist nicht dinglicher Vermögensanteil, sondern Gesellschaftsanteil.

c) Wenn dies alles zutrifft, liegt das theoretische Verdienst des Buchs vielleicht gar nicht in einer exemplarischen Neuformulierung der Gesamthandlehre am Beispiel der Personengesellschaft, sondern ganz im Gegenteil in der Herauslösung der Personengesellschaften aus den Fesseln des Gesamthandsprinzips. Dieses bliebe dann ein gegen die Bruchteilsgemeinschaft abzugrenzendes, weil der gesamthänderischen Bindung unterworfenes Zuordnungsmodell gemeinschaftlichen Habens. Auf die bisher sog. Gesamthandsgesellschaften wäre es nicht mehr anzuwenden. Die Überzeugungskraft des Modells und seine Zugehörigkeit zum „allgemeinen Teil“ bliebe von einer sol-

⁹⁶ Ein Bedürfnis hierfür besteht bei der unternehmenstragenden Erbengemeinschaft, wenn man sie ohne Direktumwandlung in eine oHG gelten lässt; vgl. *Karten Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, S. 104 f.; *ders.*, NJW 1985, 2785 ff.

⁹⁷ Zu ihr vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 95), § 38 Rn. 46 ff.

⁹⁸ Bekenntnisse hierzu fehlen selbst bei *Ann* (Fn. 93), 321 ff.; *Eberl-Borges* (Fn. 93), 146 ff.

⁹⁹ Vgl. *T. Kipp/H. Coing*, Erbrecht, (14. Aufl., 1990), 622; h.M.; anders allerdings *Ann* (Fn. 93), 181 ff.

¹⁰⁰ Näher *Schmidt*, Erbteilsabtretung AcP 205 (2005), 305, 331 f.

¹⁰¹ Treffend *Flume* (Fn. 1), 74.

¹⁰² Auch § 859 ZPO meint nicht den Vermögensanteil, sondern die vom Gesetzgeber noch nicht erkannte Mitgliedschaft; treffend *Flume* (Fn. 1), 73, 355.

chen, für den Jubilar selbst sicher nicht akzeptablen Kurskorrektur unberührt.

3. Die rechtsfähige Personengesellschaft: Gesamthand oder juristische Person?

a) Tritt man diesem Gedanken näher, so versteht man auch, warum die z.B. von Thomas Raiser verfochtene These von der Personengesellschaft als juristischer Person mehr und mehr Zulauf erhält¹⁰³. Natürlich darf man dieser These nicht mit dem simplen Argument nähertreten, wenn sie rechtsfähig sei, müsse die Personengesellschaft auch Rechtspersönlichkeit haben¹⁰⁴. Dies kann nur behaupten, wer seinen Flume nicht gelesen oder nicht verstanden hat. Nach Flume ist die Gesamthand als Gruppe „auch als Rechtssubjekt nichts anderes als die Mitglieder der Gruppe in ihrer Verbundenheit“¹⁰⁵. Flume warnt geradezu davor, diesem Rechtssubjekt „Gruppe“ Personenhaftigkeit beizugeben¹⁰⁶. Wörtlich sodann¹⁰⁷: „Die Gruppe ist auch als Rechtssubjekt nichts anderes als die Mitglieder der Gruppe in ihrer Verbundenheit. Der Terminus ‚Gruppe‘ bringt aber besser zum Ausdruck, dass die Gesamthand Rechtssubjekt ist, als wenn man nur von den Gesamthändern in ihrer Verbundenheit spricht.“ Dass dies dem bisherigen Diskussionsstand entspricht¹⁰⁸, mag man an § 11 InsO erkennen, wo die insolvenzrechtsfähige Per-

¹⁰³ Vgl. nur *T. Raiser*, in: FS Zöllner (Bd. 1, 1998), 469 ff.; *ders.*, Der Begriff der juristischen Person. Eine Neubesinnung, AcP 199 (1999), 104 ff.; früher bereits *K. A. Wieland*, Handelsrecht (1921), 396 ff.; *J. Kohler*, Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, ZHR 74 (1913), 456; *ders.*, Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, ArchBürgR 40 (1914), 229; dagegen namentlich *P. Ulmer*, in: MünchKommBGB (4. Aufl., 2004), § 705 Rn. 307 f.; vermittelnd *Wiedemann* (Fn. 58), 12 f.

¹⁰⁴ In dieser Richtung *W. Timm*, Einige Zweifelsfragen zum neuen Umwandlungsrecht, ZGR 1996, 247, 251 f.; zum Begriff des „Rechtsträgers“ nach dem Umwandlungsgesetz vgl. *ders.*, Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung, NJW 1995, 3209, 3211.

¹⁰⁵ *Flume* (Fn. 44), 56 f.

¹⁰⁶ *Flume* (Fn. 44), 56.

¹⁰⁷ *Flume* (Fn. 44), 56 f.

¹⁰⁸ Charakteristisch *Beuthien*, JZ 2003, 715, 722: „Da die GbR und der nichtrechtsfähige Verein keine juristischen Personen sind, können sie nicht wie eine solche, sondern nur in anderer Weise als diese rechtsfähig sein. Sowohl die Vermögens- als auch die Verpflichtungsfähigkeit beider Vereinigungen beruht nicht auf einer wie auch immer gearteten einzelpersonalen Rechtsfähigkeit der GbR oder des nichtrechtsfähigen Vereins selbst, sondern auf den jeweils in dieser Vereinigung gesellschaftsrechtlich gebündelten Rechtsfähigkeiten der Personengesellschafter oder Mitglieder. Die GbR und der nichtrechtsfähige Verein sind daher nicht wie oder ähnlich wie eine juristische Per-

sonengesellschaft dezidiert als „Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit“ bezeichnet wird. Auch das Innenrecht der Personengesellschaften, vor allem die BGH-Praxis zur Aktiv- und Passivlegitimation bei Innenprozessen, lässt noch dieses Rechtsbild erkennen¹⁰⁹. Flumes Konzept der Gesamthandsgesellschaft ist, wie man sieht, gewiss noch nicht überholt.

b) Die Frage ist nur, ob wir hier stehen bleiben dürfen. Ich selbst halte die Überlegung für erlaubt, ob es nicht drei Arten juristischer Personen des Privatrechts gibt¹¹⁰:

- Stiftungen,
- Körperschaften und
- Außen-Personengesellschaften.

Diese drei Arten juristischer Personen unterscheiden sich in ihrer Verfassung ganz wesentlich voneinander, vor allem – nicht ausschließlich! – bezüglich der mitgliedschaftlichen Basis. Eine solche ist bei der Stiftung gar nicht vorhanden, bei den Körperschaften ist sie überindividuell und bei den Personengesellschaften auf das selbstorganschaftlich organisierte Miteinander mehrerer – notwendig mehrerer! – Gesellschafter zugeschnitten. Warum soll die Rechtsfigur der juristischen Person diese Varianten nicht erfassen können¹¹¹? Flume selbst konstatiert, dass Gesamthandsgesellschaft und juristische Person „nur unterschiedliche Organisationsformen überindividueller Wirkungseinheiten“ sind¹¹². Er stellt in vergleichender Betrachtung des romanischen Rechtskreises sogar die Frage, ob die Gegenüberstellung von juristischer Person und Gesamthandsgesellschaft wirklich durch die Tragweite der vorhan-

son einzelrechtsfähig, sondern ihrer Eigenart entsprechend aufgrund der in ihnen gesamthänderisch verknüpften Rechtsfähigkeiten ihrer Gesellschafter gesamtrechtsfähig. Die Gesamtrechtsfähigkeit der GbR äußert sich darin, dass sie zwar nicht als Person, wohl aber als organisationsrechtlich verfasste Personenvereinigung dazu imstande ist, Gesamthandvermögen der in ihr assoziierten Gesellschafter zu bilden und zu deren gemeinschaftlichen Lasten Gesamthandverbindlichkeiten zu begründen. Nur in diesem kollektivrechtlichen Sinne kann man von der rechtsfähigen Personengesellschaft reden. Entsprechendes gilt für die Rechtsfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins.“

¹⁰⁹ BGHZ 81, 263, 264 f.; 91, 132, 133; BGH, NJW 1995, 1218 ff.; *M. Schwab*, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten (2005), 196 ff.; zur Rechtsfortbildung vgl. die Überlegungen bei *Karten Schmidt*, Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften – Stand und Fortbildung des Innenrechts der Personengesellschaften nach dem „Otto“-Urteil des Bundesgerichtshofs, ZGR 2008, 1, 26 ff.

¹¹⁰ *Karten Schmidt*, Gesellschaftsrecht (Fn. 50), S. 184 f.

¹¹¹ Vgl. auch die Überlegungen von *W. Hadding*, Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, ZGR 2001, 712, 718 ff.

¹¹² *Flume* (Fn. 1), 89.

denen Unterschiede gerechtfertigt ist¹¹³. Er bejaht dies am Ende mit Hinweis darauf, dass die Gesamthand im Gegensatz zur juristischen Person zwar ein Personenverband, jedoch keine Verbandsperson ist¹¹⁴. Aber ist diese Formel mehr als die verbale Überhöhung jenes Unterschieds, über den wir uns alle einig sind? Ist diese Formel bezüglich der offenen und theoretisch wirklich schwierigen Frage mehr als die Beschwörung des für richtig gehaltenen Ergebnisses? Ich selbst habe begonnen, mich mit dem Gedanken zu befassen, dass Körperschaften und Personen-Außengesellschaften vielleicht doch nur unterschiedlich verfasste juristische Personen sind, auch wenn ich damit nicht auf den Beifall des Jubilars hoffen darf. Ich würde dies auch mitnichten als eine Entfremdung bezeichnen, würde vielmehr in Anlehnung an Jhering ausrufen: „Mit Werner Flume über Werner Flume hinaus!“

V. Schluss

1. Das Echo

a) Vor uns liegt ein unkonventionelles, obwohl durch und durch akademisches Werk. Der wirklich entscheidende Unterschied zwischen Flumes „Allgemeinem Teil“ und wohl allem, was vorher dazu geschrieben wurde, besteht in dem geradezu monographischen Anliegen seines Werks. Nicht ein ausgewogenes Panorama, auch nicht ein sich aus gleichwertigen Bestandteilen zu einem Gesamtbild des Allgemeinen Teils zusammenfügendes Mosaik sehen wir vor uns. Vielmehr hat Werner Flume ein vorgefundenes Bild vom Allgemeinen Teil durch trotzigte Pinselstriche von eigener Hand so verändert, dass niemand mehr es betrachten kann wie zuvor. Dieser produktive Eigensinn hat ihm bei Robert Fischer die Kritik eingetragen, man habe es mit einem „bedeutenden, zuweilen freilich auch sehr eigenständigen Werk“ zu tun¹¹⁵. Aber wie hätte dieser Gelehrte ein anderes als ein eigenständiges Werk zu verfassen vermocht? Flume selbst bereitet den Leser schon im Vorwort des „Rechtsgeschäfts“, also seit 1965, darauf vor, er werde vielleicht meinen, einer Anzahl von Monographien gegenüberzustehen, und doch enthalte das Buch nur Variationen über ein großes Thema¹¹⁶. Das gilt auch für seine Darstellung des Personengesellschaftsrechts. An diese fühlte ich mich erinnert, als ich jüngst über ein 50 Jahre vor Flume publiziertes Werk zu referieren hatte: Karl Wie-

¹¹³ Flume (Fn. 1), 91.

¹¹⁴ Flume (Fn. 1), 94.

¹¹⁵ Fischer, ZGR 1979, 251, 252.

¹¹⁶ Flume (Fn. 67), S. V.

lands grandioses „Handelsrecht“¹¹⁷. Dieses Buch eines Schweizer, entwickelt auf der Grundlage des damals schon seit zwei Jahrzehnten außer Kraft getretenen ADHGB von 1861, also tief verwurzelt im 19. Jahrhundert, ist vielleicht die gelehrteste Darstellung des Handelsrechts im 20. Jahrhundert und ganz bestimmt die modernste der ersten Jahrhunderthälfte. Im Vorwort des zweiten Bandes teilt Wieland mit, dass es ihm um die Strukturprobleme der dargestellten Gesellschaften geht, um sodann fortzufahren¹¹⁸: „Was sich nicht in diesen Rahmen fügt, bleibt unerörtert, mag es theoretisch noch so interessant, praktisch noch so bedeutsam sein.“ Ich habe dieses Bekenntnis zum monographischen Lehrbuch mit den Worten gepriesen, dass ich es dergleichen kaum noch einem lebenden Autor zutrauen würde, um dann sogleich zu ergänzen¹¹⁹: „gewiss Werner Flume“.

2. „... und Ihr könnt sagen, Ihr seid dabei gewesen“

a) Die Älteren unter uns kennen noch das in jeder Hinsicht überholt klingende Diskussionsthema, ob Männer Geschichte machen. Flumes Bücher haben fortwirkende Rechtsgeschichte geschrieben. Liebt er revolutionäre Gebärden, so müsste wohl eines Tages eine mit seinem Namen versehene Inschrift am Treppenhaus der Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität angebracht werden, die da lautete: „Die Rechtsgelehrten haben den Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts nur verschieden interpretiert; es kommt darauf an, ihn zu verändern“¹²⁰. Flume selbst kommt, obwohl wahrhaftig nicht ohne Selbstwertgefühl, nicht so lautstark daher. Im „Rechtsgeschäft“¹²¹ lässt er uns wissen, hier werde kein „Neubau“ versucht, sondern Erkenntnis vermöge geschichtlicher Rechtswissenschaft. Der Band „Die juristische Person“ stellt sich im Vorwort als eine Wiederbesinnung auf eine allgemeine Theorie der juristischen Person vor¹²². Die „Personengesellschaft“ schließlich entwirft ein Bild von der Außengesellschaft als einer „Rechtsfigur des Personenrechts“ im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts.

¹¹⁷ Wieland (Fn. 103); ders., Die Kapitalgesellschaften (1931).

¹¹⁸ Wieland, Kapitalgesellschaften (Fn. 117), VII.

¹¹⁹ Karten Schmidt, Morgenröte des Unternehmensrechts? Ein Streifzug durch Wielands „Handelsrecht“ von 1921 und 1931, Basler Jur. Mitteilungen (BJM) 2008, 61, 86 f.

¹²⁰ Die bekannte Inschrift bei der Humboldt-Universität trägt die Worte von Marx: „Die Philosophen haben die Welt nur verschieden interpretiert; es kommt darauf an, sie zu verändern.“

¹²¹ Flume (Fn. 67), VI.

¹²² Flume (Fn. 55), V.

b) Mein eigenes Arbeiten im Personengesellschaftsrecht hat diese These, der ich mich seit der ersten Auflage meines „Gesellschaftsrechts“ angeschlossen hatte¹²³, bestimmt, geleitet und ermutigt wie keine andere. Der Zufall wollte, dass ich früher als viele mit ihr in Verbindung kam. Werner Flume hatte im Wintersemester 1971/1972 den legendären Aufsatz „Gesellschaft und Gesamthand“¹²⁴ bei der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht eingereicht. Damals hieß dies: Er hatte ihn im Westturm des Bonner Juridicum zwei Stockwerke abwärts zu Kurt Ballerstedt bringen lassen. Ballerstedt, Kritiker und Grübler in einer Person, hatte die Gewohnheit, sich für gedankenvolle Selbstgespräche einen Zuhörer – beileibe keinen Ratgeber! – zu suchen, vor allem, wenn ZHR-Manuskripte eingingen. Diese Rolle eines Eckermann fiel überaus häufig auf mich, so auch in diesem Fall. Eigentlich hätte Kurt Ballerstedt seinem Eckermann, das Manuskript in Händen, sagen müssen: „eine unerhörte Begebenheit!“, oder: „... und Ihr könnt sagen, Ihr seid dabei gewesen!“. Aber ich fand ihn eher ratlos. Er erkannte sofort die Bedeutung der Sache, nur überzeugt schien er nicht. Der Triumph beim Bundesgerichtshof lag ja noch in einer Ferne von 30 Jahren. Kurt Ballerstedt durfte ihn nicht erleben. Aber Werner Flume und uns wurde dieses Glück zuteil.

c) Heute ist Flumes Lehre von der rechtsfähigen Personengesellschaft anerkannt. Sie ist sogar buchstäblich im Allgemeinen Teil des BGB angekommen. § 14 Abs. 2 BGB, die Vorschrift über den Unternehmerbegriff, enthält seit dem Jahr 2000¹²⁵ in Absatz 2 die folgende Definition: „Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.“ Dass die BGB-Außengesellschaft dazugehört, ist nahezu unbestritten¹²⁶. Auch der Gesetzgeber beginnt eben von Werner Flume zu lernen, hat diese Lernfähigkeit sogar schon 1994 mit dem Umwandlungsgesetz und der Insolvenzordnung unter Beweis gestellt¹²⁷. Die rechtsfähige Personengesellschaft ist Rechtsfigur des „Allgemeinen Teils“.

¹²³ Karsten Schmidt (Fn. 56), 151 ff.

¹²⁴ ZHR 136 (1972), 177 ff.

¹²⁵ Gesetz vom 27.6.2000, BGBl. I, 897; die Klammerdefinition war schon in § 1059a BGB i.d.F. des Gesetzes vom 17.7.1996 (BGBl. I, 990) enthalten.

¹²⁶ Vgl. nur H.-W. Micklitz, in: MünchKommBGB (5. Aufl., 2006), § 14 Rn. 10; N. Habermann, in: J. v. Staudingers Kommentar zum BGB (14. Aufl., 2004), § 14 Rn. 61.

¹²⁷ Eingehend P. O. Mülbart, Die rechtsfähige Personengesellschaft, AcP 199 (1999), 38, 50 ff.; skizzenhaft U. Seibert, Die rechtsfähige Personengesellschaft, JZ 1996, 785.

Delivered by Publishing Technology
Supreme Tribunal Federal 2014/9.144.151 Wed, 19 Feb 2014 19:08:05
www.scribd.com