

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 059 453 290

www.libtool.com.cn

SW1
942.1
FIC

HD



www.libtool.com.cn

Switzerland

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

x

Der Konkurs

der

Kollektiv-Gesellschaft.

~~~~~

Eine juristische Abhandlung

von

FICK

Adolf Fick

von Zürich.



Zürich.

Druck und Verlag von Friedrich Schultheß.

1885.

SWITZERL.

942.1

FIC

+

[www.libtool.com.cn](http://www.libtool.com.cn)

*Rec. Dec. 12, 1888.*

## Vorwort.

Vor fünf Jahren gedachte ich, eine Abhandlung über die verschiedenen Systeme betreffend Vertheilung der Aktiven der Kollektivgesellschaften im Konkurse derselben zu veröffentlichen. Die Frage, welches System das beste sei, war damals von einiger Aktualität in der Schweiz, da in den Entwürfen des schweizerischen Obligationenrechts mehrere verschiedene bezügliche Vorschläge enthalten waren. Allerlei Beschäftigung mehr praktischer Natur ließ mich nicht dazu kommen, die Arbeit druckfertig zu machen, bevor das Obligationenrecht unter Dach kam. Das Material für diese Abhandlung hatte ich so vollständig als möglich zusammengetragen, und hatte ich es mich nicht verdrießen lassen, alle mir zugänglichen Bücher, die ich irgendwo zu den einschlägigen Fragen zitiert fand, aufzuschlagen. Damit schlug ich dann freilich eine ganze Menge von Büchern auf, die nicht das Geringste zu meinem Thema enthielten.

Da ich, wie gesagt, meine Abhandlung nicht rechtzeitig druckfertig machen konnte, begnügte ich mich damit, zur Zeit der eidgenössischen Rätthe über die betreffenden Stellen des Obligationenrechtsentwurfes einen kurzen Artikel in der N. Z. Z. über den Vorschlag Munzingers (siehe § 50 der folgenden Abhandlung) zu schreiben.

Erst in der jüngsten Zeit fand ich — durch eine schwere Krankheit gezwungen, meine Advokaturpraxis in Zürich aufzu-

geben und ein anderes Klima aufzusuchen — die nöthige Muße, die lange liegen gelassene Arbeit fertig zu machen. Bei der neuen Uebearbeitung derselben hielt ich es aber, angesichts der Thatsache, daß das schweizerische Obligationenrecht bereits in Kraft getreten, ein eidgenössisches Konkursgesetz aber noch seiner Ausführung entgegensteht, für das Beste, das Thema zu ändern und zu erweitern, und nunmehr über den Konkurs der Kollektivgesellschaft überhaupt, d. h. über alle im Konkurse der Kollektivgesellschaft im Unterschiede zu dem Konkurse eines Einzelkaufmannes etwa auftauchenden Fragen zu schreiben. Meines Wissens hat sich bisher noch Niemand speziell mit diesen Fragen beschäftigt. Ich versuchte, dieß so vollständig als möglich zu thun.

Ich verhehle mir nun nicht, daß man mir ungleichmäßige Bearbeitung der verschiedenen Kapitel, besonders etwas ungleichmäßige Berücksichtigung der Litteratur, Gesetzgebung und Praxis bezüglich der verschiedenen Fragen vorwerfen kann. Mein Material ist eben bezüglich des gegen früher erweiterten Themas etwas lückenhaft, und war es mir jetzt, ferne von allen juristischen Bibliotheken, natürlich unmöglich, dasselbe zu ergänzen, auch war es mir nicht möglich, allfällige Litteratur und Praxis später als August 1883 zu berücksichtigen.

Ich bitte um milde Beurtheilung dieser und anderer Mängel der Arbeit. Wenn dieselbe trotzdem den Erfolg haben sollte, die eidgenössische Kommission, welche sich mit Herstellung eines Entwurfes für ein schweizerisches Konkursgesetz beschäftigt, auf die eine oder andere noch nicht in Erwägung gezogene Frage aufmerksam zu machen, und wenn meine Abhandlung in der Zukunft hie und da in einem Konkurse einer Kollektivgesellschaft einem Praktiker zur leichteren Lösung auftauchender Zweifel dienen sollte, so wären meine besten Hoffnungen bezüglich dieser Monographie erfüllt.

Ich fühle mich verpflichtet, mich hier noch bezüglich meiner Zitirmethode zu rechtfertigen. Ich machte es mir im Allgemeinen zur Regel, alle für die Erwägungen im Texte wichtigen zitierten Stellen wörtlich anzuführen. Gerade die wichtigsten aber, nämlich die einschlägigen Bestimmungen des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches und der Deutschen Konkursordnung habe ich nicht wörtlich zitiert, und zwar deshalb nicht, weil ich annahm, daß diese Gesetze allen Lesern meiner Abhandlung genügend bekannt seien, oder wenigstens stets zur Hand liegen.

Abgesehen von den ganz allgemein gebräuchlichen Abkürzungen brauche ich nur

Koll.G. für Kollektivgesellschaft,

D. HGB. für Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch,

D. K.O. für Deutsche Konkursordnung von 1877,

S. Obl.R. für Schweizerisches Obligationenrecht.

**Adolf Fick,**  
früher Advokat.

Geschrieben im Januar 1884 im stillen Djean an Bord des Moël y Don.

[www.libtool.com.cn](http://www.libtool.com.cn)

## Inhaltsverzeichnis.

### A. Allgemeiner Theil (§§ 1—33).

|                                                                                | Seite |
|--------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 1. Definition der Kollektivgesellschaft (§ 1)                                  | 1     |
| 2. Die Kollektivgesellschaft im römischen Rechte (§ 2)                         | 2     |
| 3. „späteren Mittelalter“ (§§ 3—4)                                             | 2     |
| a) „Die ältesten Autoren über die Kollektivgesellschaften“ (§ 3)               | 2     |
| b) Die Natur der Kollektivgesellschaft, insbesondere als corpus mysticum (§ 4) | 3     |
| 4. Französische Theorie und Praxis (§§ 5—6)                                    | 5     |
| a) Autoren (§ 5)                                                               | 5     |
| b) Gesetz (§ 6)                                                                | 5     |
| 5. Spanisches Recht (§ 7)                                                      | 6     |
| 6. Italienisches Recht (§ 8)                                                   | 7     |
| 7. Englisch-amerikanisches Recht (§ 9)                                         | 7     |
| 8. Scandinavisches Recht (§ 10)                                                | 11    |
| 9. Deutsches Recht (§§ 11—27)                                                  | 12    |
| a) Allgemein (§ 11)                                                            | 12    |
| b) Lübecker Stadtrecht (§ 12)                                                  | 14    |
| c) Autoren (§§ 13—23, 26)                                                      | 15    |
| α) Treitschke (§ 13)                                                           | 15    |
| β) Glück (§ 14)                                                                | 17    |
| γ) Lohr (§ 15)                                                                 | 17    |
| δ) Hassenpflug (§ 16)                                                          | 17    |
| ε) Weder und Runge (§ 17)                                                      | 18    |
| ζ) Wittermaiers und Thöls Definitionen (§ 18)                                  | 18    |
| η) Gerber (§ 19)                                                               | 19    |
| θ) Brindmann (§ 20)                                                            | 19    |
| ι) Bluntshilf (§ 21)                                                           | 19    |
| κ) Ladenburg (§ 22)                                                            | 20    |
| λ) Roesler (§ 23)                                                              | 20    |
| d) Praxis (§§ 24 u. 27)                                                        | 21    |
| e) Deutsches Handelsgesetzbuch (§ 25)                                          | 21    |
| f) Lehmann und dagegen die neue deutsche Gerichtspraxis (§§ 26 u. 27)          | 22    |
| 10. Schweizer Recht (§§ 28—32)                                                 | 25    |
| a) Schweizerisches Obligationenrecht (§ 28)                                    | 25    |
| b) Zürich (§ 29)                                                               | 26    |
| c) Uebrige Schweiz (§§ 30—32)                                                  | 32    |
| α) Allgemein (§ 30)                                                            | 32    |
| β) Glarus (§ 31)                                                               | 33    |
| γ) Bundesgerichtliche Anschauung (§ 32)                                        | 38    |
| 11. Allgemeine Anmerkung (§ 33)                                                | 38    |

### B. Spezieller Theil (§§ 34—37).

|                                       |    |
|---------------------------------------|----|
| 1. Konkursöffnung (§§ 34—45)          | 39 |
| I. Konkursöffnungsgründe (§§ 34—37)   | 39 |
| Allgemein (§ 34)                      | 39 |
| 1. Auf Antrag der Gläubiger (§ 35)    | 39 |
| a) auf Rechtstrieb (§ 35)             | 39 |
| b) auf Nachweis der Insolvenz (§ 35)  | 39 |
| c) auf Nachweis des Austrittes (§ 35) | 39 |

|                                                                                                                                                                                                                                                  | Seite |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 2. Von Amtes wegen (§ 36) . . . . .                                                                                                                                                                                                              | 40    |
| 3. Auf Antrag des Schuldners (§ 37) . . . . .                                                                                                                                                                                                    | 41    |
| a) jedes Gesellschafters (§ 37) . . . . .                                                                                                                                                                                                        | 41    |
| oder b) nur der Geschäftsführenden (§ 37) . . . . .                                                                                                                                                                                              | 41    |
| II. Wie viele Konkurse (§§ 38—44) . . . . .                                                                                                                                                                                                      | 44    |
| 1. Präzision der Frage (§ 38) . . . . .                                                                                                                                                                                                          | 44    |
| 2. Besondere Firmankurse in Italien und den anderen romanischen<br>Ländern, ebenso in den modernen Gesetzgebungen (§ 39) . . . . .                                                                                                               | 44    |
| 3. Polemit Heusler und sein Gegenvorschlag (§ 40) . . . . .                                                                                                                                                                                      | 46    |
| 4. Ist der Konkurs über die Gesellschafter die Konsequenz des Kon-<br>kurses über die Gesellschaft (§ 41—44) . . . . .                                                                                                                           | 54    |
| a) Allgemein (§ 41) . . . . .                                                                                                                                                                                                                    | 54    |
| b) Englisches, französisches und italienisches Recht (§ 42) . . . . .                                                                                                                                                                            | 56    |
| c) Deutsches Handelsgesetzbuch (§ 43) . . . . .                                                                                                                                                                                                  | 56    |
| d) Schweizerisches Recht (§ 44) . . . . .                                                                                                                                                                                                        | 57    |
| III. Fernere Folgen der Konkursöffnung (§ 45) . . . . .                                                                                                                                                                                          | 57    |
| 2. Aktivetat: Forderungen der Gesellschaft an die Gesellschafter sind nicht in<br>den Aktivetat der Gesellschaft aufzunehmen (§ 46) . . . . .                                                                                                    | 57    |
| 3. Passivetat: Betheiligung der Privatgläubiger der Gesellschafter am Gesellschafts-<br>konkurs: 1) wie mit ihren Forderungen an die Gesellschafter; 2) wie mit<br>den Forderungen des Gesellschafters an die Gesellschaft? (§§ 47—50) . . . . . | 58    |
| a) Allgemein (§ 47) . . . . .                                                                                                                                                                                                                    | 58    |
| b) Ausländische Gesetzgebung und Praxis (§ 48) . . . . .                                                                                                                                                                                         | 61    |
| c) Schweizerisches Recht (§ 49) . . . . .                                                                                                                                                                                                        | 62    |
| d) System Münzinger (§ 50) . . . . .                                                                                                                                                                                                             | 63    |
| 4. Wirkung der Solidarhaftbarkeit der Gesellschafter (§§ 51—56) . . . . .                                                                                                                                                                        | 67    |
| I. Bezüglich Anmeldung der Forderungen gegenüber den Gesellschaftern<br>(§§ 51—55) . . . . .                                                                                                                                                     | 67    |
| a) Nach allgemeinen Grundsätzen können die Gesellschaftsgläubiger<br>ihre Forderungen gegen alle Solidarschuldner ganz geltend<br>machen (§ 51) . . . . .                                                                                        | 67    |
| b) Französisches Recht (§ 52) . . . . .                                                                                                                                                                                                          | 68    |
| c) Englisch-amerikanisches Recht (§ 53) . . . . .                                                                                                                                                                                                | 68    |
| d) Deutsches Recht (§ 54) . . . . .                                                                                                                                                                                                              | 70    |
| e) Schweizerisches Obligationenrecht (§ 55) . . . . .                                                                                                                                                                                            | 71    |
| II. Im Falle, daß ein Gläubiger zu viel erhält? (§ 56) . . . . .                                                                                                                                                                                 | 72    |
| III. Liquidation der Forderungen der Gesellschafter unter einander (§§ 57—58) . . . . .                                                                                                                                                          | 74    |
| a) Allgemein (§ 57) . . . . .                                                                                                                                                                                                                    | 74    |
| b) Forderungen aus Regress e contractu sociali (§ 58) . . . . .                                                                                                                                                                                  | 74    |
| 5. Beendigung des Konkurses insbesondere durch Affomodement (§ 59) . . . . .                                                                                                                                                                     | 76    |

### C. Anhang (§ 60).

Diejenigen Punkte, die der eidg. Konkurskommission zur speziellen Berücksichtigung empfohlen werden.

# Der Konkurs der Kollektivgesellschaft.

## A. Allgemeiner Theil.

### Was ist die Kollektivgesellschaft?

#### § 1.

Die Kollektivgesellschaft ist eine Vereinigung von zwei oder mehreren für die Schulden der Gesellschaft solidarisch haftbaren Personen zu dem Zwecke, durch unter gemeinsamem Namen zu betreibende Geschäfte gemeinsamen Gewinn zu erzielen.

Die Koll.G. erscheint im deutschen und in den benachbarten Rechtsgebieten unter folgenden Namen: Kollektivgesellschaft = eigentliche Handelsgesellschaft = Gesellschaft unter einem Kollektivnamen = offene Handelsgesellschaft = la société en nom collectif = la società in nome collettivo = La compañía colectiva = a sociedade ordinaria = a sociedade em nome colectivo = the partnership = det navngivne Handelselskab; etwa auch noch Maskokey oder Kompagnie (schlechtweg<sup>1)</sup>).

Der Koll.G. sind unter allen diesen Namen, in allen Rechten und zu allen Zeiten seit ihrer Existenz (Beginn des späteren Mittelalters) folgende essentiellen Eigenschaften gemein:

- 1) zwei oder mehrere Gesellschafter;
- 2) Auftreten nach außen als Gesellschaft;
- 3) Zweck der Gesellschaft: Erzielung gemeinsamen Gewinnes;
- 4) Haftbarkeit sämtlicher Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen für alle Schulden der Gesellschaft.

Hierauf beruht meine Eingangs gebrachte Definition.

<sup>1)</sup> Siehe Dr. C. F. L. Brindmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1853. § 36.

Im römischen Rechte kommt die Koll.G. nicht vor. Sie ist vielmehr eine Schöpfung des Gewohnheitsrechtes, und taucht zuerst im späteren Mittelalter in Italien, sodann Spanien, Frankreich und Deutschland auf. Das Institut der Sklaverei, der Umstand, daß die Römer ihre Geschäfte durch Sklaven betreiben ließen, machten ihnen vielleicht die Koll.G. sowie manches andere moderne Rechtsinstitut entbehrlich. Ihre *societas* hat mit der Koll.G. fast nichts gemein. Sie tritt nicht nach außen als Gesellschaft auf, d. h. es fehlt vor Allem die Firma, durch welche eben die moderne Koll.G. gewöhnlich im Verkehre als Gesellschaft auftritt. Die *socii* der römischen *societas* sind, abgesehen von den besonderen Gesellschaften der *argentarii* und der Steuerpächter, nicht für die Schulden der Gesellschaft solidarisch haftbar, insofern sie nicht durch einen gemeinsamen *Institor* handeln. Letzteres war übrigens natürlich bei den *argentarii* und den Steuerpächtern meistens der Fall. Ob der *institor* ein Sklave oder ein Freier war, war offenbar schon frühe unwesentlich.

Vgl. Cujacius, der dieß ausdrücklich sagt: „*Notandum est, ex contractu eius quem quæstus faciendi causa, tabernæ, officinæ, vel negotiationi, præposuimus, ut ei rei vice nostra sedatim insisteret, qui deinde institor dicitur, nos qui præposuimus, obligari et teneri institoria actione in solidum, sive servus sit noster, sive alterius, sive liber homo sit is quem præposuimus .... Verum, si unus conventus in solidum, solidum præstiterit, quod amplius sua parte præstiterit, id a cæteris consequetur actione pro socio (L. 3, Dig. de exercit. act. Paulus, Lib. 29 ad edictum).*“

Kein unwichtiger Schritt zum Uebergang zur Koll.G. Nehmen wir noch an, es ist nicht nur unwesentlich, ob dieser *Institor* ein Sklave oder ein Freier, sondern auch, ob er eine physische Person oder ein *corpus mysticum*, in concreto eine Firma ist, so können wir die Koll.G. auch auf römischem Rechte aufbauen. Etwas künstlich ist dieser Bau freilich. Denn wir hätten jetzt einen *Institor*, die Firma, der, um handeln zu können, selbst wieder *Institoren* braucht, und zwar regelmäßig als solche die ursprünglichen *domini* verwendet. Der *Dominus* ist also bei dieser Annahme der *Institor* seines *Institors*.

## § 3.

Jedenfalls finden wir die Koll.G. im späteren Mittelalter in Italien, Frankreich, Spanien und den deutschen Hansestädten, und in den letzten Jahrhunderten überall vor, wo Handelsgeschäfte gemacht werden,

wo Kaufleute sind. Die ersten Schriftsteller, die bereits von dem Bestehen der Koll.G. berichten, sind laut Zitaten von Frémery und Troplong: Bartolus, Balbus, Paul de Castro (Castrensis), Cujacius, Straccha und Casaregis. Dieselben leiten natürlich die Koll.G. dem Zuge der Zeit folgend von Pandektenstellen ab, beziehungsweise suchen Pandektenstellen so zu interpretiren, daß sie auf das damals eben in Abweichung von den Pandekten durch das Gewohnheitsrecht neu entstandene Institut der Koll.G. passen.

Frémery zitiert nämlich Bartolus, Balbus, Paul de Castro, Cujacius und Straccha bei Diskussion der Frage, ob die unter dem Zusätze „et compagnie“ gemeinten socii ebenfalls für die durch den Geschäftsführer für die Firma kontrahirten Schulden solidarisch haftbar seien, und zwar erklären sich alle diese zitierten Autoren für Haftbarkeit dieser compagnons. Straccha führt für diese Ansicht an: „Nec prædictis obstat quod dicit Castrensis in leg. Reos, N° 5 D de duobus reis, ubi inquit, obligari creditoribus præponentes, etiam si ignoretur, qui sint et quot sint; quia potest dici per supradicta hanc doctrinam non procedere, quam non videmus fulcitam aliqua lege. Secundo, respondetur Castrensem supponere, creditores scire adesse socios, quia ille institor scribebat: Petrus et socii: Et sic certum erat aliquos esse socios, licet ignoraretur numerus et nomina, sed bene sciebatur adesse; et sic tria considerantur, an sint, qui sint, et quot sint; et scire primum sufficit ad hoc *ut obligentur*; quia sub illo nomine Petrus et socii virtualiter alii continentur.“ Für diese Ansicht wird Ulpian zitiert, offenbar nicht mit Recht.

#### § 4.

Wie wir schon gesehen haben, ist gemeinschaftliche Erzielung von Gewinn der Zweck dieses durch das Gewohnheitsrecht, rectius, durch das Bedürfniß des Handels und Verkehrs neu geschaffenen Wesens der Koll.G. Um zu sehen, ob und wie viel Gewinn gemacht wurde, ist nöthig, für die Gesellschaft besondere Bücher, besondere Rechnung zu führen, die Koll.G. als besonderes Wesen, quasi als juristische Person zu betrachten oder wenigstens so zu behandeln. Die Gesellschaft als solche, nicht bloß die Gesellschafter als Träger derselben pro parte, hat nach der Auffassungs-, Berechnungs- und Buchungsweise der Kaufleute stets Eigenthum und andere Sachenrechte gehabt, sie ist das Subjekt von Rechten und Verpflichtungen.

Die socii sind nach Auffassung der Kaufleute durchaus nicht etwa zu gewissen Quoten condominii des Gesellschaftsgutes, sondern sie haben

nur Forderungen an die Gesellschaft, nämlich bezüglich ihrer Vorschüsse und ihrer allfälligen Salär- und Gewinnansprüche. Eventuell sind sie auch Schuldner der Gesellschaft. Sie sind nicht nur nicht Miteigentümer, haben nicht nur nicht bestimmte Antheile am Gesellschaftsgute, sondern es ist sogar in der großen Mehrzahl der Fälle, vermuthlich in allen, die Gesellschaft so konstruirt, daß es überhaupt unmöglich wäre, zu berechnen, zu welchen Quoten sie Antheilhaber wären. Diesen Kardinalpunkt übersehen die meisten Schriftsteller über diese Materie.

Der Kaufmann behandelt eben die Gesellschaft quasi als eine juristische Person<sup>1)</sup>, ebenso freilich auch sein Geschäft, wenn er Einzelkaufmann ist. Hier macht es aber keine Schwierigkeit, im Falle des Konkurses alle Aktiven zusammen zu werfen, und führt dieses durchaus nicht zu einer Unbilligkeit, da es gewiß nicht vorkommt, was Ulpian vom Gläubiger des handelstreibenden Sklaven sagte: „Quia merci magis quam personæ credidit“ (l. 5 § 15 Dig. de tib. act. [14, 4]). Anders bei der Gesellschaft. Wir werden darauf zurückkommen, und erwähnen dieß hier nur vorläufig.

<sup>1)</sup> Ich vermeide es zu sagen, als eine „juristische Person“, weil diesen zwei Worten die verschiedensten Bedeutungen, insbesondere merkwürdige Einschränkungen auferlegt werden, und daher häufig viel mehr bei diesen Worten gedacht wird, als derjenige gemeint hat, der sie braucht. So viel ich davon verstehe, braucht sie der römische Jurist da, wo ein Zweckvermögen besteht, d. h. wo Forderungen und Schulden und Sachenrechte in dem Komplex eines Vermögens sind, ohne daß sie sich an eine bestimmte physische Person knüpfen. Im Gegensatz zu dem regelmäßig physischen, lebenden Inhaber eines Vermögens, fingirt er eine Persönlichkeit, da, wo eine solche als Inhaber des betreffenden Vermögens nicht besteht, und nennt diesen Inhaber juristische Person, sei es nun, daß hinter diesem Wesen eine Reihe von lebenden Wesen stehen, wie in der Korporation, oder daß dasselbe an Stelle eines gestorbenen Menschen getreten ist (hereditas jacens), oder daß dieses Vermögen durch Aussonderung aus dem Vermögen einer physischen Person zu einem gewissen Zwecke (Stiftung) entsteht. Ganz dieselben Gründe sprechen nun auch dafür, die Röll.G. eine juristische Person zu nennen. Thut man das aber, so tritt bei dem einen Leser das Gespenst der gar nicht nothwendig und ursprünglich zur juristischen Person gehörenden Staatsgenehmigung, bei anderen das ebensowenig ausschließlich dazu gehörende Gespenst der Unauflöslichkeit, Unsterblichkeit, und bei anderen wieder ein anderes Gespenst auf. Doch die Zerstörung dieser Gespenster würde mich zu weit führen, und spielt auch auf ein mir durchaus nicht zuzagendes Gebiet, nämlich das unpraktische philosophische Gebiet hinüber. Daher vermeide ich es, die Worte juristische Person zu gebrauchen, und brauche die mehr vagen und weniger mit Gespenstern verbundenen: quasi juristische Person oder corpus mysticum oder besonderes Rechtssubjekt u. s. w., ohne damit etwas Anderes zu meinen, als was ich unter einer juristischen Person verstehe.

## www.libtool.com.cn § 5.

In richtiger Erkenntniß dieser Grundsätze, d. h. in richtiger Erkenntniß des Wesens der durch das Leben, durch die Bedürfnisse des Handels hervorgerufenen Koll.G., sprechen sich schon die älteren italienischen, spanischen und französischen Juristen in diesem Sinne aus, und es sind diese Grundsätze schon in den Statuten von Genua vom Jahre 1589 kodifizirt. Die Gerichtspraxis von Italien, Spanien und Frankreich schließt sich diesen Juristen an. Straccha nennt die Koll.G. und deren Firma ein *corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum*. — Die Franzosen Vocré (Esprit I 107), Pardessus (Cours du droit commercial N° 966, 1089), Freméry (Etudes de droit commercial chap. IV p. 30 ff.), Duvergier (Droit civil français p. 468 ff.), Duranton (Cours de Droit Français 1834 XVII N° 334), Delangle (Des Sociétés Commerciales. Paris 1843. I 19, 22. II 259, 261, 265), Troplong (Du Contrat de Société Civile et Commerciale dans son „Droit Civil expliqué“. 1843 I N° 58 u. Code civil III, IX, N° 360) sprechen sich alle dahin aus, daß die Koll.G. ein *corps moral* sei. Troplong zitiert für seine Ansichten auch die Spanier: Fontanella aus Katalonien, Salgado aus Valladolid und Alexander, ferner Scaccia und Cujacius. Mit Unrecht berufen sich die französischen Schriftsteller übrigens hierfür auch auf Stellen des *Corpus juris*. Bei Troplong finden wir (N° 861) ein Urtheil des Senates von Katalonien vom Jahre 1609 und (N° 860) einen Arrest des Parlamentes von Paris vom Jahre 1667 angeführt, aus welchen hervorgeht, daß es damals schon unzweifelhaftes Gewohnheitsrecht war, das Gesellschaftsgut vom Privatgut der Gesellschafter zu trennen, insbesondere Generalpfandrechte am Gut des Gesellschafters sowie Weibergutsprivilegien als das Gesellschaftsgut durchaus nicht berührend zu erklären, weil eben das Gesellschaftsgut nicht zu den Aktiven des Gesellschafters gehört, sondern bloß sein Guthaben an die Gesellschaft.

## § 6.

Kodifizirt ist von alledem in Frankreich nichts. Wunderbar leicht und kurz hüpfst der Code de commerce über die Materien der Koll.G. hinweg mit den Worten:

„La Société en nom collectif est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre, et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale (Code de commerce art. 20).

Les noms des Associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale (Code de commerce art. 21). Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société, sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale" (Code de commerce art. 22). Weiter verliert der Code de commerce kein Wort über diese Materie.

### § 7.

Dem französischen Rechte schließen sich in diesem Punkte die von ihm beeinflussten Gesetzgebungen der Staaten romanischer Sprache und der Türkei an.

Ich führe wörtlich an die einschlägigen Stellen des spanischen Código de Comercio:

Art. 265: Puede contraerse la compañía mercantil: 1º En nombre colectivo bajo pactos comunes á todos los Socios, que participen en la proporcion que hayan establecido, de los mismos derechos y obligaciones, y esta se conoce con el nombre de compañía regular colectiva.

Art. 267: Todos los que formen la sociedad mercantil colectiva, sean ó no administradores del candal social, están obligados solidariamente á las resultas de las operaciones que se hayan á nombre y por cuenta de la sociedad, bajo la firma que esta tenga adoptada, y por persona autorizada para la gestion y administracion de sus negocios.

Art. 296: Los acreedores particulares de un sócio no pueden estraer de la masa social por virtud de sus créditos los fondos que en ella tenga su deudor, y solo les será permitido embargar la parte de intereses que puedan corresponder á este en la liquidacion de la sociedad, para precibirla en el tiempo en que el dendor podria hacerlo.

Art. 297: En caso de quiebra de la sociedad no entrarán los acreedores particulares de los sócios en la masa de los de la compañía, sino que satisfechos que estos sean, usarán de su derecho contra el residuo que pueda corresponder al sócio que sea su dendor.

Esta disposicion no priva á los acreedores que tengan un derecho privilegiado contra los bienes de su deudor, de deducirlo y obtener la preferencia que pueda competirles en concurrencia

con la masa de acreedores de la sociedad, que persiga estos mismos bienes por la mancomunidad de las obligaciones sociales.

### § 8.

Der „Codice di commercio del Regno d'Italia, promulgato il 31 ottobre 1882 per avere esecuzione a cominciare dal 1<sup>o</sup> gennaio 1883“ behandelt die Koll.G. in den Artiteln 76—113 und 846—854. Er definiert Art. 76 primo: „Le società commerciali hanno per oggetto uno o più atti di commercio, e si distinguono nelle specie seguenti: 1. la società in nome collettivo, nella quale le obbligazioni sociali sono garantite dalla responsabilità illimitata e solidaria di tutti i soci; — 2. la società in accomandita“ etc. Und Art. 77 1 u. 3 lautet: „La società in nome collettivo, la società in accomandita semplice e la società in accomandita per azioni, esistono sotto una ragione sociale.“

Le società anzidette costituiscono, rispetto ai terzi, *enti collettivi distinti dalle persone dei socii.*“

Es ist wohl überflüssig, zu bemerken, daß mit diesen Bestimmungen nur bestehendes Recht neu kodifiziert, nicht etwa neues Recht geschaffen wurde.

### § 9.

Daselbe ente collettivo, corpus mysticum, corpus moral, die moderne Koll.G. im Gegensatz zur römischrechtlichen *societas* finden wir auch im englischen Rechte. Freilich ist die englisch-amerikanische Litteratur und Gesetzgebung bezüglich derselben sehr dürftig. Smith<sup>1)</sup> definiert:

„*Partnership* is the result of a contract, whereby two or more persons agree to combine property or labour, for the purpose of a common undertaking, and the acquisition of a common profit. There may be a partnership in one transaction as well as in continuing business, and between persons out of trade as well as in trade; since, in either case, there may be a combination of property or labour, in order to a common undertaking and a common profit.“

<sup>1)</sup> A compendium of Mercantile Law by John William Smith, late of the inner temple, Esq. Barrister-at-Law. Ninth Edition by George Morley Dowdeswell, of the inner temple etc. London Stevens Sons 119 etc. 1877. Seite 19: Chapter II Of Partners. Section I Partnership. What.

Mehr enthalten die „Commentaries on the Law of Partnership by Joseph Story. London and Boston 1841.“

Chap. VI § 97 Seite 135 sagt Story: „Beside this community of interest in the capital stock, funds, and effects of the partnership, each partner has certain rights, liens, and privileges thereon. In the first place, no one partner has any right or share in the partnership's property, except what remains thereof after the full discharge and payment of all debts and liabilities of the partnership; and, therefore, each partner has a right to have the same applied to the due discharge and payment of all such debts and liabilities, before any one of the partners, or his personal representatives, or his individual creditors can claim any right or title thereto. In short, as between the partners themselves, the debts and liabilities of the firm to creditors and third persons are a fund appropriated, in the first instance, to the discharge and payment of such debts and liabilities, and there is, properly speaking, as between them, a lien thereon, or at least an equity, which may be worked out through the partners in favor of the creditors, although it may not directly attach in the creditors by virtue of their original claims, in all cases.“

(Zitirt wird Ruffin, 6 Ves. 119, 126, und Lord Eldons Worte, welche dieß bestätigen). „Each partner also has a specific lien on the present and future property of the partnership, not only for the debts and liabilities to third persons, but also for his own amount or share of the capital, stock and funds, and for all money advanced by him for the use of the firm, and also for all debts due to the firme for moneys abstracted by any other partner from such stock and funds beyond his share. It follows from this principle, that if any partner takes the whole or a part of his share out of the partnership's stock, the stock so taken, if identified, is applicable to the payment of what shall, upon an account taken, be found due from him to the partnerships, before any of it can be applied to the payment of his debts, due to his own separate creditors; for such partner has an interest in the stock only to the amount of the ultimate balance due to him, as his share of the stock. The same rule will apply to any other property, into which the partnership's property may have been converted, so far and so long as its original character and identity can be distinctly traced. Hence it may be shabed, as a

general corollary from the foregoing considerations, that no separate creditor of any partner can acquire any right, title, or interest, in the partnership's stock, funds, or effects, by process or otherwise, merely in his character as such creditor, except for so much as belongs to that partner, as his share of balance, after all prior claims thereon are deducted and satisfied."

Chap. XIV „Dissolution-Rights of partners“ (§ 326 Seite 470—471) fährt er fort: „Besides as we have already seen (ante, § 97), each partner, upon the dissolution of the partnership, has a perfect right, in the first place, to require, that the partnership's funds shall be directly and regularly applied to the discharge of the partnership's debts and liabilities; and, after these are discharged, to have his share of the residue of the partnership's funds. This right is a privilege or lien on those funds, fully recognized and enforced by Courts of Equity; and, through this right of the partners themselves, is worked out the known Equity of the joint creditors, to have a priority of payment of their debts out of the same funds, in opposition and preference to the separate creditors of each partner.“

(Chap. XV Dissolution-Rights of creditors § 365 Seite 519 Auflösung durch Tod): „This principle of Equity Jurisprudence, that the joint creditors shall be entitled to a priority of payment out of the joint effects, and the separate creditors to a like priority out of the separate effects, before the other class of creditors shall be entitled to any portion of the surplus, is not, perhaps, under all its aspects, so purely artificial, as it has sometimes been suggested to be; at least, it has been often relied upon, as the dictate of natural justice.“ Zum Beweise dafür, daß dieß nicht „purely artificial“ sei, beruft sich Story auf den schon erwähnten Ausspruch Ulpian's in Dig. XIV, 4, l. 5 § 15; ferner auf Straccha de decoctoribus pars ultima N<sup>o</sup> 21 Seite 469 der Ausgabe von 1669: „Si mercator duas negotiationes exercuisset“ etc. „separatos in tributum vocari . . . quia . . . magis merci quam mercatori credidit; et ne ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.“ Derjelben Ansicht sei Emerigon, Contrat à la Grosse chap. 12 § 6 pag. 582 edit. 1783.

Am angeführten Orte § 375 Seite 529 fährt Story fort: „It is obvious, that many of the considerations, already suggested, as applicable to other cases of dissolution, are also applicable to

cases of bankruptcy. Thus, for example, the assignees, in the case of the separate bankruptcy of one partner, can affect the joint property no farther, than the bankrupt himself. They have no right to change the possession, or to make any specific division of the joint effects;" und später: „they are entitled only to the balance, which is ascertained to be due to the bankrupt, after all the partnerships debts and the claims of the solvent partners are paid, and a division is made of the surplus.“ Ferner § 376 Seite 530—531: „In the first place, then, it is a general rule in bankruptcy, that the joint debts are primarily payable out of the joint effects, and are entitled to a preference over the separate debts of the bankrupt; and so, in the converse case, the separate debts are primarily payable out of the separate effects of the bankrupt, and possess a like preference; and the surplus only, after satisfying such priorities, can be reached by the other class of debts. For this purpose the joint estate and the separate estate of the bankrupt constitute separate funds, to be administered separately by the assignees under the commission, whether it be a separate commission against one partner, or a joint commission against all the partners. (§ 377) This rule, although now firmly established, has occasioned much diversity of opinion among learned judges at different times.“

Schließlich erwähnt Story in § 384, es sei feste Regel, daß der Gläubiger, welcher sowohl den „joint estate“ als den „separate estate“ zum Schuldner hat, im Konkurse ein alternatives Wahlrecht hat, bei welchem Konkurse er sich mit seiner Forderung betheiligen will, wobei er aber bei der einmal getroffenen Wahl behaftet werde.

Daraus geht nun freilich nicht hervor, ob die englischen Juristen die Koll.G. als ein corpus mysticum auffassen oder nicht. Für ersteres spricht aber der Umstand, daß die englische Praxis und Litteratur so wenig wie die französische ein condominium pro certa parte (Quote) der Gesellschafter am Gesellschaftsgute kennt, sondern im Konkurse eben auch die Gesellschaft mit Ausschluß der Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter gesondert liquidirt. Auf die sonderbare Bestimmung, daß sie dabei, obwohl Solidarhaft der Gesellschafter konstituierend, dennoch die Gesellschaftsgläubiger in den Konkursen der einzelnen Gesellschafter erst hinter den Privatgläubigern derselben Theil nehmen lassen, werde ich später wieder zu sprechen kommen.

In Scandinavien ist die Koll.G. ebenfalls bekannt, vom Gesetz aber durchaus nicht genau regulirt. In der Theorie herrscht Streit über die Natur derselben. Orsted erkennt ihr „relativ juridisk Personlighed“ zu. Anderer Meinung sind Bang, Larsen und Oscar Platon. Letzterer anerkennt<sup>1)</sup> zwar, daß der Privatgläubiger eines Gesellschafters bei bestehender Gesellschaft nur auf das greifen kann, was dieser Gesellschafter an die Gesellschaft zu fordern hat. Dagegen erklärt er sich gegen ein gefondertes Gesellschaftsgut, für condominium und gegen separirte Liquidation der Gesellschaft im Konkurse.<sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> In seiner Schrift: „Det navngivne Handelselskabs Retforhold ligeoverfor Eradiemand“ (die Rechtsverhältnisse der Koll.G. gegenüber Dritten) „Christiania 1876“ sagt Platon Seite 61: „J norst Ret er dette Sjörgsmaal hverken afgjort ved Lov eller Sædbanneret; dets Løsning maa derfor søges udfunden af Sagens Natur.“ (Im norwegischen Recht ist diese Frage weder durch das Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht entschieden; deren Lösung ist daher aus der Natur der Sache zu suchen). Diese führt ihn zu dem Rechtsfrage: „Naar en Interessents Særcreditor vil gjøre Exekution i sin Debtors Andel i Selskabsmassen, saa kan han kun (nur) erholde Udlæg (Exekution) i den Debitor efter Selskabscontracten tilkommende Andel i det actuelle Nettoudbytte.“ Ferner auf Seite 69: „En Særcreditors Exekution i et Medlems Andel i Selskabsmassen bevirker Selskabets Opløsning og giver Særcreditor til at fordre Debtors Nettoandel udføit.“

<sup>2)</sup> Seite 85 a. a. O. sagt er, die Annahme der juristischen Persönlichkeit der Koll.G. würde zu folgenden selbst von den eifrigsten Befechtern dieser Annahme verworfenen Konsequenzen führen: „1) Det er ikke Medlemmerne, som ein Eier af Selskabets Gods, det er Selskabet som en fra Medlemmerne forskellig (verschiedene) Person, Medlemmerne have ingen tinglig Ret i sine Indstud (Einsatz) og Selskabets Effecter, men blot en obligatorisk Ret mod Selskabet. 2) Selskabets Forbringer ere ikke de enkelte Medlemmers, men Selskabets. 3) Selskabets Gjæld (Schulden) er ikke de enkelte Medlemmers Gjæld, also kann Selskabets Creditorer blot holde sig til Faellesmassen. 4) Paa den anden Side kunne de enkelte Medlemmers Særcreditorer ikke have Adgang til Satisfaction af Selskabsmassen. 5) Selskabet kann komme under Conkurs, uden at det afficerer de enkelte Medlemmer og omvendt, alle Medlemmer kunne komme under Conkurs, uden at den udöber engen Birkning paa Selskabet. 6) Selskabet bestaar uferandret, selv om Medlemmerne stifte, ege træde ind, eller tidligere Medlemmerne træde us.“ Bei No. 3 dieser angeblichen Konsequenzen fällt auf, daß dem sonst scharfsinnigen Autor momentan entfällt, daß ja ein Hauptmerkmal der Koll.G. — nehme man nun an, sie sei ein corpus mysticum mit selbständigem Eigenthum, selbständigen Forderungen und Schulden, oder das Gesellschaftsgut stehe den Gesellschaftern pro parte in condominio zu u. — stets die Solidarhaft der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft mit ihrem ganzen Vermögen bleibt. Diese Solidarhaft mit dem ganzen Vermögen ist eben, wo man die Koll.G. als juristische

Vielfach ist von deutschen Autoren vor und seit der Einführung des deutschen Handelsgesetzbuches über die Natur der Koll.G. geschrieben und gestritten worden. Vor Einführung des Handelsgesetzbuches waren die Hauptstreitpunkte die schon vorher berührten, ob nämlich die Gesellschaft als solches Eigenthum habe, oder ob vielmehr die Gesellschafter zu Quoten Miteigenthümer am Gesellschaftsgute seien, sowie insbesondere über die Konsequenz, ob im Falle des Konkurses ein separater Konkurs über die Gesellschaft mit Ausschluß der Privatkreditoren der einzelnen Gesellschafter durchzuführen sei, oder ob vielmehr nur so viele Konkurse, als Gesellschafter vorhanden sind, durchzuführen seien, und die Gesellschaftsaktiven unter die Massen der Gesellschafter „nach Antheilen“ zu vertheilen seien. Die Vertreter der ersteren Ansicht erklären meist im Anschluß an die Franzosen die Koll.G. für eine juristische Person. Den Vertretern der zweiten Ansicht ist gemein, daß sie über alles Mögliche sprechen, nur nicht über den einen springenden Punkt, wie denn diese Antheile, diese Quoten, zu denen die Gesellschafter *condominii* seien, zu berechnen seien, insbesondere, welches diese Antheile seien, nach denen die Gesellschaftsaktiven unter die Aktivmassen der Gesellschafter zu vertheilen sind. Wo dieser Frage überhaupt Erwähnung geschieht — die Meisten schweigen vorsichtigerweise ganz über dieselbe —, so wird gesagt, daß die Antheile der Gesellschafter am Gesellschaftsgut entsprechend ihrer vertragsmäßigen Betheiligung am Gewinn und Verlust zu berechnen seien. An welchem von

Person oder *corpus mysticum* auffaßt, als eine Art Bürgschaft der Gesellschafter für die Schulden dieser juristischen Person aufzufassen, ein Rechtsinstitut, das gewiß auch den nordischen Juristen geläufig ist.

Seite 91 a. a. O. fährt Platon mit Aufzählung der ihm nicht zusagenden Konsequenzen der Annahme einer juristischen Persönlichkeit fort: a) „Selvabet han sin egne Aktiva und Passiva. b) Følgelig kunne de enkelte Medlemmers Sæcreditorer ikke Concurrere i Faelledsmassen; kun hvir (wofern) der bliver noget (etwas) tilovers (übrig), efterat Selvabetscreditorerne ere tilfredsstillede, kunne Sæcreditorerne erholde Overfluddet“ (den Ueberschuß). c) es können die Gesellschaftsgläubiger kraft Solidarverpflichtung der Gesellschafter auf diese greifen; und d) es sei der Konkurs der Gesellschafter nicht die Konsequenz des Konkurses der Gesellschaft, noch der Konkurs der Gesellschaft die Konsequenz des Konkurses der Gesellschafter.

Platon führt an, daß die dänischen Autoren Dersted und Gram diese Konsequenzen wollen, nicht dagegen Bang und Larsen (Sj. Bang jur. Tidsskrift XVI und XXI. Larsen samlede Skrifter II 2—278. Gram Formuesret [Vermögensrecht] II 2—231). Hallager und die übrigen norwegischen Autoren seien dagegen seiner Ansicht.

beiden im Falle des Konkurses, in welchem es sich nebenbei bemerkt offenbar nicht um Gewinn, sondern um Verlust handelt, wird wieder allseitig verheimlicht. Wo eine vertragliche Bestimmung darüber fehlt, träte die gesetzliche Präsumption über Betheiligung an Gewinn und Verlust ein, nämlich werkwürdiger Weise in den Ländern des französischen Rechtes, des preussischen und des österreichischen Landrechtes die Präsumption einer Betheiligung nach Kapitaleinlagen, nicht nach Köpfen, wobei der nur mit Arbeit, gar nicht mit Kapital, theilhaftige Gesellschafter dem mit dem kleinsten Kapitale theilhaftigen gleichgestellt wird<sup>1)</sup>. Diese durchaus nicht in der Natur der Sache begründete Präsumption ist nun freilich durch das D. HGB. in eine Präsumption gleicher Betheiligung aller Gesellschafter umgeändert worden<sup>2)</sup>. Es scheint, daß keiner dieser von Antheilen und Quoten sprechenden Autoren je eine Koll.G. genauer angesehen hat; sonst wäre es nicht denkbar, daß sie Alle über diesen schwierigsten Punkt hinweghüpfen. Sie scheinen Alle zu übersehen, daß die Bildung der Koll.G. sich ungefähr folgendermaßen macht:

Zwei oder mehrere Kaufleute treten zusammen und verabreden sich, auf gemeinsame Rechnung unter einer Firma Geschäfte zu machen, und zu diesem Zwecke sich mit Arbeit und Kapital nach bestimmten Verhältnissen zu theilhaftigen. Sie verabreden ferner, wie viel jeder Gesellschafter im Laufe des Jahres der Gesellschaftskasse entnehmen darf, und wie viel jeder vom Gewinn zu beanspruchen hat. Gewiß ausnahmslos betrachten sie die Gesellschaft als Eigenthümerin<sup>3)</sup> der ihr übertragenen Beiträge und der unter der Firma erworbenen Gegenstände, sich selbst aber nur als Gläubiger und Schuldner der Firma je nach dem Stande ihrer Kapital- und Korrent-Konti in den Büchern der Firma. Es ist für den Kaufmann selbstverständlich, daß er als Gesellschafter in der Gesellschaft und am Gesellschaftsgute nichts weiter zu beanspruchen hat, als was ihm eben bei Aufstellung der Bilanz, vertragsmäßiger Vertheilung von allfälligem Gewinn

<sup>1)</sup> Code civil art. 1853. — Preussisches Landrecht I. Theil Titel 17 § 205.

<sup>2)</sup> (D. HGB. Art. 109.)

<sup>3)</sup> Ich meine damit, daß er die Gesellschaft als Eigenthümerin behandelt, so rechnet, als ob sie Eigenthümerin wäre. Er mag dabei den Ausdruck brauchen, das gehört der Gesellschaft oder nicht. Er braucht aber den Ausdruck Eigenthum oder gehören sehr oft im uneigentlichen Sinne, nur um sein Rechtsverhältniß bezüglich einer Sache oder eines Vermögenskomplexes zu bezeichnen, z. B. nennt er oft sein, was einem Anderen gehört, aber ihm verpfändet ist, wenn er annimmt, daß der Schuldner sich von seiner Schuld nicht befreien kann.

und Verlust und vollzogener Gutschrift allfällig ihm zukommenden Salärs laut Abschluß seines Kapital- und Korrent-Konto zu fordern hat. Das ist sein Antheil.

Im Laufe des Geschäftsjahres ist der Antheil der Gesellschafter also gar nicht exakt zu bestimmen. Auch die beim Jahreschluß gezogene Bilanz bestimmt den Antheil nur schätzungsweise, und exakt kann derselbe erst nach vollständiger Liquidation der Gesellschaft, d. h. nach Bezahlung aller Passiven und Liquidirung (zu Geld machen) aller Aktiven, berechnet werden (vgl. dießbezüglich Hahn's Kommentar zum D. HGB. Seite 264, 265, 273 und 302).

Anerkennt man, daß sich die Sache im Leben so mache, wie soeben angeführt, dann wird man freilich nicht mehr von *condominium pro certa parte* und von Vertheilung der Aktiven pro Antheil reden.

Seit Einführung des D. HGB., in welchem die ersteren der Eingangß dieses Paragraphen angeführten Ansichten die gesetzliche Sanktion erhalten hat, wird nun der Streit über die Natur („das Rechtsgewand“) der Koll.G., d. h. ob sie eine juristische Person sei oder nicht, mehr auf ein philosophisches Gebiet hinübergespielt, und ist ohne praktischen Werth. Sei nun die Firma der Name eines selbständigen Wesens, einer „juristischen Person“ oder einer „quasi juristischen Person“, oder, wie Andere wollen, nur ein abgekürzter Name für die Gesellschafter, und seien diese selbst Eigentümer (Gesamteigentümer) des Gesellschaftsgutes, Schuldner der Gesellschaftsschuld, so ändert das nichts am praktischen Resultat. Behandelt wird die Koll.G. vom D. HGB. gleich einem selbständigen Wesen. Praktisch ist es gegenwärtig gleichgültig, ob man sie eine juristische Person nennt oder nicht. Unzweifelhaft ist sie Rechtssubjekt, hat sie Aktiven und Passiven, handelt durch Stellvertreter und ist nicht eine physische Person.

## § 12.

Die ältesten gesetzlichen Bestimmungen über die Koll.G. auf deutschem Boden dürften die folgenden laut Mittheilung des Herrn Professor Stobbe in Leipzig vermuthlich aus dem 16. Jahrhundert herrührenden Stellen aus dem Lübecker Stadtrecht sein:

„Welck man mit enem anderen selscop mackenn will, de se wol to, weme he sines gudes beloveth, wente wat de ene kofft ofte vorgifft, dat mot de ander betallen, soverne else sin gudth kerth, wente sodan selscop geit beven vader unde moder, suster unde broder, wente de ene selscop (societas) mach gan to des

anderen kisten unde nemen gelt unde guth daruth, des mach vader unde moder nicht doenn noch suster offte broder. Darumme se malck woll to, wenn he sines gudes beloveth, ane dat mere sake dat se under ein ander beschedenhet heben gemaketh, also mit stroffen (schriften) edder breven erer ein up dem anderen to vorschele, also dat de ene nicht hoger kopenn moghe wen erer beider guth wert sy edder ennen summen geldes nor wen ere gudt wert sy, unde de summe mer vorsegelt werde, so kann de ein nicht mer borgen, wen de schraffe inhouden, wert dat so nicht vorwart to vorne, wes de ene borghet dat mach de ander betalenn, so verne als sin gudt kerth.“<sup>1)</sup>

Hier haben wir also bereits die solidare Haftbarkeit der Gesellschafter in Gegensatz zum römischen Recht.

### § 13.

Eingehend beschäftigt sich mit der Koll.G. Dr. Georg Karl Treitschke in seiner „Lehre von der Erwerbsgesellschaft nach römischem, österreichischem, preußischem, sächsischem und französischem Recht“, erschienen in Leipzig 1825 bei Reclam. In § 2 definirt er die Koll.G. folgendermaßen: „Der gewerbliche Sozietäts- oder Gesellschaftsvertrag ist ein Geding zu gemeinsamer Betreibung eines erlaubten Gewerbes mit vereinten Kräften auf gemeinschaftlichen Gewinn.“ Er weiß nichts von solidarischer Haftbarkeit der Gesellschafter nach damaligem gemeinem Handelsgewohnheitsrechte, und schließt sich eng an das corpus juris an, so sehr er sich auch im Beginne seines Buches gegen allzu engen Anschluß an dasselbe ausspricht. Die Gesellschafter sind nach ihm condomini des Gesellschaftsgutes, und im Konkurse ist das Gesellschaftsgut „nach Verhältniß der kontraktmäßigen Antheile“ unter die Konkursmassen der Gesellschafter zu vertheilen. Enthält der Kontrakt nichts über diese Antheile, so haben Schiedsrichter diese Antheile zu bestimmen (§ 42). Er spricht sich eingehend (im § 100) über die Wirkung der Solidarverpflichtung der Gesellschafter im Konkurse aus, und kommt zu dem Resultate, daß die einzige gerechte und zugleich ausführbare Betheiligung der Gesellschaftsgläubiger an den Konkursen der ihnen solidar haftbaren Gesellschafter die sei, daß sie sich gemeinsam mit den Privatgläubigern in dem ihnen am günstigsten scheinenden Konkurse „nach

<sup>1)</sup> Mitgetheilt von Stobbe („Miscellen zur Geschichte des deutschen Handelsrechts“) in Goldschmidts Zeitschrift VIII Seite 51.

dem Ganzen ihrer Forderung“ betheiligen, bei dem „folgenden mit dem Saldo, immer bei der besten zuerst; daß aber der Regreß erst nach völliger Auszahlung der Dividenden der Sozietätsgläubiger, und bloß den Privatgläubigern der Massen gegen einander gestattet werde“. Ein „Vorzugsrecht“ der Sozietätsgläubiger „vor den Privatgläubigern“ sei „aus den Gesetzen nicht zu rechtfertigen“. Für ein solches (d. h. eben für einen besondern Konkurs der Gesellschaft mit Ausschluß der Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter) seien:

*Voet*<sup>1)</sup> ad titulum pro socio § 22.

*Müller*<sup>2)</sup> ad Leyser Observat. 385.

*Menken* ad h. t. § 8.

*Carpzow* ad Dec. sax. Decis. 54.

*F. A. S. Green* de solutione nominum societatis ex communi præ aliis socii obaerati debitis, Lipsiæ 1769.

*Chr. Grul. v. Gmelin* Ordnung der Creditoren beim Sanktprozesse. edit. 5. Stuttgart und Tübingen 1813.

*Treitschke* zitiert ferner „*Siegel* de creditoribus societatis privatis socii creditoribus non præferendis.“ Lipsiæ 1725, der den Vorgenannten also entgegentritt. Nach *Treitschke* a. a. O. wird von *Siegel* für dieses Privileg angeführt: l. III § 1 Dig. de præser. verb. (welche Stelle gar nicht existirt; l. 5 § 1 h. t. möchte wohl gemeint sein, sie enthält aber nichts von diesem Privileg, und es gehört jedenfalls viel Kühnheit dazu, um dasselbe aus dieser Stelle herauszulesen); — ferner l. 28 Dig. comm. divid., welche Stelle folgenden Satz nebst seinen Konsequenzen enthält: „In re pari (communi) potiores esse causam prohibentis constat.“; endlich l. 5 § 15 Dig. de tribut. act. (XIV 4) lautend: „Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in iisdem confundandi erunt, et omnes in tributum vocandi, ut puta duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores? puto se-

<sup>1)</sup> *Johannis Voet*, *Commentarius ad pandectas*. Coeln 1778, spricht in dem § 22 ad titulum pro socio klar und bestimmt aus, daß die Gläubiger des Gesellschafters, der Nichts von der Gesellschaft zu fordern hat (Beitrag, Gewinn), für ihre Forderungen an diesen Gesellschafter sich nicht an die Aktiven der Gesellschaft halten können, indem jeder Gesellschafter nach seiner jeweiligen Einlage pro rata an den Gesellschaftsaktiven berechtigt sei, so auch bei der Auflösung.

<sup>2)</sup> Dieses sowie die folgenden von *Treitschke* zitierten Bücher waren mir nicht zugänglich.

paratim eos in tributum vocari, unusquisque enim eorum *merci magis quam ipsi credidit* (Ulpian ad edict.).

#### § 14.

Glück spricht sich wenig aus über unsere Materie. Interessant ist aber folgende Stelle in seinen „Bandekten“ (Erlangen bei Palm 1813. XV § 970 Seite 464 und 465): die Stelle des Paulus l. 27 Dig. 17, 2: „Omne, als alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est: licet, postquam societas distracta est, solutum sit: igitur et si sub condicione promiserat, et, distracta societate, conditio extitit, ex communi solvendum est;“ erlaube nicht die Annahme solidarischer Verpflichtung der Gesellschafter. „Es läßt sich eher mit Green daraus beweisen, daß der Gläubiger, welcher einer Gesellschaft kreditirt hat, an den noch vorhandenen Gütern derselben und am übrigen gesellschaftlichen Vermögen ein Absonderungsrecht habe, vermöge dessen derselbe daraus billig vor allen anderen Privatgläubigern der Gesellschafter, die ihnen nicht in Ansehung der Gesellschaft kreditirt haben, befriedigt werden muß, wie auch in der Praxis angenommen ist (vgl. Smelin).“ Der Schluß ist die einzige Andeutung eines Handelsgewohnheitsrechtes bezüglich dieser Materie.

#### § 15.

Dr. A. Tabor („Beitrag zur rechtlichen Erörterung der Verbindlichkeiten, welche aus dem Eintritte in eine bestehende Handelsfirma entspringen; besonders hinsichtlich der schon vor dem Eintritte auf derselben gelastet habenden Schulden. Frankfurt a. M. 1826, 23 Seiten in 8<sup>o</sup>“) erklärt die Koll.G. für eine juristische Person. Ein neu eintretender Gesellschafter hat nach ihm für die bereits kontrahirten Schulden der Gesellschaft zu haften. So entschied ein Parere der Frankfurter Handelskammer vom 23. November 1824; ebenso die Hamburger Fallitenordnung von 1753 in Art. 64 §§ 1 und 2. Tabor sagt, diese Prinzipien „finden ununterbrochene Anwendung im täglichen Leben“.

#### § 16.

Ihm schließt sich Hans Ludwig Hassenpflug in Rassel (späterer kurheffischer Premierminister) an in seiner Schrift: „Eine unter einer Firma betriebene Handlung ist als das Rechtssubjekt hinsichtlich aller aus Handlungsgeschäften entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen“, erschienen 1828 in Etvers Themis, Zeitschrift für praktische Rechts-

wissenschaft. I. Seite 59—72. Hassenpflug setzt die bedeutende Umbildung des römischen Rechtes durch das moderne Handelsgewohnheitsrecht aus einander. Schon Benvenuto Straccha <sup>1)</sup> (De mercatura seu mercatore. Coloniae 1576 p. 1 N<sup>o</sup> 96) sage: „Mercantia universale corpus esse et idem opinatur Bartolus.“ Hassenpflug führt ein Urtheil des höchsten kurhessischen Gerichtshofes an (NB. in Kurhessen galt und gilt noch gemeines Recht), welches mit dem oben zitierten Frankfurter Urtheil übereinstimmt. Sehr treffend bemerkt Hassenpflug: „Dieser ganze Gegenstand lehrt übrigens, wie sehr es dem Juristen immer noch Noth thut, darüber zu wachen, daß seine abstrakten römischen Ansichten ihm nicht den Eingang in unser heutiges wirkliches Rechtsleben versperren, und ihn nicht fortwährend in einem feindlichen, äußerst nachtheilig wirkenden Gegenfaze zu seinem Volke und dessen Rechtsansichten erhalten.“

### § 17.

Professor Dr. E. J. Becker erklärt in einem Aufsätze über Zweckvermögen, insbesondere Fiskusium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften, erschienen in Goldschmidts Zeitschrift IV Seite 499—567, jeden Handlungsfond für ein Zweckvermögen, und polemisiert gegen Gelpkes Auffassung der Gesellschaft als juristische Person. Ihm schließt sich (a. a. O. VI Seite 177—245) Kunze an, jedoch den Beckerschen Begriff des „Zweckvermögens“ auf jede juristische Person ausdehnend. Er gründet die Koll.G. und die Kommanditgesellschaft auf das Prinzip der conjuncta manus.

### § 18.

Professor Mittermaier definirt<sup>2)</sup> die Koll.G.: „Die offene Handelsgesellschaft ist diejenige, bei welcher mehrere Personen Geld, Geldeswerth oder Arbeit zusammentragen, um unter einer gemeinschaftlichen Handelsfirma (ragion, raison) mit sammtverbindlicher Haftung Handelsgeschäfte zu betreiben.“ Wir werden später auf ihn zurückkommen.

Thöl sagt von derselben<sup>3)</sup>: „Die offene Handelsgesellschaft. Die Ge-

<sup>1)</sup> Vgl. § 3.

<sup>2)</sup> „Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts von Dr. J. A. Mittermaier. 2 Bände. 7. Auflage. Regensburg 1847.“ § 555.

<sup>3)</sup> „Das Handelsrecht von Dr. Heinrich Thöl. 2. Auflage. Göttingen 1847. § 376.“ In den späteren Auflagen schließt er sich natürlich an die Bestimmungen des deutschen Handelsgesetzbuches an.

fellschafter treiben Handel, sie haften direkt nach außen (persönlich), sie haften mit ihrem ganzen Vermögen, sie treten auf unter dem Gebrauche eines Gesamtnamens (Firma)." Thöl nimmt an, daß die Gesellschaft kein eigenes Domizil hat, und schließt sich überhaupt mit Ausnahme der Anerkennung der handelsgewohnheitsrechtlichen Solidarverpflichtung sehr enge an das corpus juris an.

#### § 19.

Gerber behandelt die Koll.G. in seinem deutschen Privatrechte (Jena 1850 2. Auflage) sehr kurz. Die Handelsgesellschaft sei anders (wie? sagt er nicht genau) zu behandeln, als die gewöhnliche Gesellschaft (§ 195). Ein in eine bestehende Koll.G. neu eintretender Gesellschafter hafte nicht für die bisherigen Gesellschaftsschulden; denn die Gesellschaft sei keine juristische Person.

#### § 20.

Ausführlich bespricht Brinckmann die Koll.G. in seinem Lehrbuche des Handelsrechtes (Heidelberg 1853 bei Bengel und Schmidt). In § 36 tritt er für die Selbständigkeit der Gesellschaft auf. Sie sei nicht eine juristische Person, aber eine „Kollektivperson“. Das Vermögen der Gesellschaft sei eine Universitas juris, woran der einzelne Gesellschafter als solcher nach außen hin keine intellektuellen Antheile habe. In der Anmerkung 11 zu § 36 (Seite 129) erklärt er die Absonderung des Gesellschaftsvermögens im Konkurse für allgemeines Gewohnheitsrecht, und verweist dafür auf die Statuten von Genua (L. 4 Cap. 12 N<sup>o</sup> 4), Casaregis (discurs. 39 N<sup>o</sup> 18 ff.; discurs. 146 N<sup>o</sup> 54), Straccha (tractatus de decoctoribus, V N<sup>o</sup> 13), Frémery (Etudes de droit Seite 373), die preussische allgemeine Gerichtsordnung (I 50 § 289), die Hamburger Fallitenordnung von 1753, das spanische Handelsgesetzbuch (Art. 296, 297), das portugiesische Handelsgesetzbuch (Art. 744, 745), den Württemberger Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst Motiven (Art. 230), den österreichischen Entwurf (§§ 88, 89) und den deutschen Entwurf (Tit. 3 Art. 43). Das römische Recht finde auf die Koll.G. als auf ein durch modernes Handelsgewohnheitsrecht geschaffenes Rechtsinstitut keine Anwendung.

#### § 21.

Ebenso sagt Buntzschli in seinem Lehrbuche des deutschen Privatrechtes (München 1854) in § 133 Seite 84 des 2. Bandes unter dem Titel: „Gegensatz des neueren Rechts zum römischen Rechte“:

„Das römische Recht faßte die *societas* nur auf als ein obligatorisches Verhältniß der Gesellschafter zu einander. Im Verhältniß zu dritten Personen gab es — abgesehen von der *societas vectigalium*, die eine *Universitas* war — keine Gesellschaft.“

Ferner in § 134 Seite 87: „Die eigentliche Handelsgesellschaft (*société en nom collectif*) ist nicht bloß ein Verhältniß der Gesellschafter zu einander, sondern die Verbindung derselben zu gemeinsamem Handelsbetriebe, stellt sich auch im Verkehre durch die Firma als ein zusammengehöriges und fortdauerndes Ganzes dar.“ Im § 136 nennt er sie Dritten gegenüber eine „Persönlichkeit“. Er erklärt sich für Haftbarkeit des neu eintretenden Gesellschafters gegenüber allen Gläubigern der Firma, und für besonderen Konkurs der Gesellschaft ohne nothwendige Folge des Konkurses aller Gesellschafter. Er begründet den Ausschluß der Privatgläubiger der Gesellschafter aus der Konkurrenz mit den Firmagläubigern bei Vertheilung der Firmaaktiven mit dem Sage: *Nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet.*

#### § 22.

Dr. Radenburg<sup>1)</sup> faßt die Koll.G. als eine juristische Person auf. Der Gesellschafter habe bei Einwerfung seiner Einlage den Veräußerungswillen gehabt, und ähnlich bei Erwerbung für die Gesellschaft und nicht für sich erwerben wollen. Die Sache der Gesellschaft sei ihm eine fremde Sache.

#### § 23.

Dr. Roesler<sup>2)</sup> dagegen findet, daß es nur ein Mißbrauch der Worte sei, um faktische Verhältnisse anschaulich zu machen, wenn man sage: „die Firma schuldet“, „die Firma erwirbt“. Es sei damit kein wirklicher Rechtsbegriff gemeint. Die Gesellschaft sei nicht ein Mittel Ding zwischen *Communio* und *Universitas*, nicht ein *patrimonium*, sondern entspreche dem Gesamteigenthum des deutschen ehelichen Güterrechtes, gleich einem *condominium in solidum*.

Was er eigentlich meint, verstehe ich nicht, und welches die praktischen Konsequenzen seiner Anschauung sind, macht er nicht klar.

<sup>1)</sup> „Ueber Handelsgesellschaften“ in Goldschmidts Zeitschrift I Seite 136 ff. Erlangen 1858.

<sup>2)</sup> in Goldschmidts Zeitschrift IV Seite 253—326.

Ein interessantes Urtheil des Oberappellationsgerichtes zu Dresden vom 20. Februar 1860<sup>1)</sup> entscheidet, daß die Gantmasse eines Gesellschafters gegen Kautionirung des Schuldenantheiles dieses Gesellschafters Herausgabe seines Antheils an den Aktiven (Bruttoaktiven) von der Gesellschaft verlangen könne. Wie dieser Antheil genau zu berechnen sei, wird nicht mitgetheilt. Das Urtheil nimmt also einen Vermittlungsstandpunkt ein. Nach rein romanistischer Auffassung wäre der Theil der Aktiven der Gesellschaft in den Konkurs der Gesellschaft zu ziehen, bezüglich dessen derselbe Condominus war, und gäbe, wie natürlich, der Gesellschaftsvertrag bezüglich dieses Antheiles keine Auskunft, so hätten wohl Schiedsrichter denselben abzuschätzen (arbitrio boni viri). Soweit folgt das Urtheil dem römischen Rechte. Nun entspricht es aber wohl schwerlich dem römischen Rechte, daß wie im Urtheil der Schuldenantheil des konkursiten Gesellschafters von seiner Masse verkautionirt und zu einer Massaschuld werden müßte. Treitschke freilich konstruirt dieß bezüglich der fälligen Schulden aus dem corpus juris.

Genau im gleichen Sinne sprach sich im Jahre 1853 ein Urtheil des Obertribunals von Stuttgart<sup>2)</sup> aus, sich berufend auf l. 27 Dig. XIII 2, die bisherige Praxis, ferner besonders auf Art. 65 des württembergischen Konkursgesetzes vom 21. Mai 1828. Dieser Artikel gibt dem aufrechten Gesellschafter das Recht, im Konkurse seines Gesellschafters dessen Schuldenantheil abzuziehen, bevor er dessen Aktivenantheil an die Masse abzuliefern hat.

## § 25.

Allen diesen Zweifeln hat bekanntlich das deutsche Handelsgesetzbuch<sup>3)</sup>, in Uebereinstimmung mit allen Entwürfen zu demselben, gründlich abgeholfen, indem es klar und deutlich im Anschlusse an die Bedürfnisse des Handels und die Gewohnheiten des Handelsstandes (Handelsgewohnheitsrecht) ausspricht, daß die Koll.G. Eigenthum, Forderungen und Schulden als solche hat, daß die Gesellschafter Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft sind und sein können, und daß im Falle der Insolvenz über die Koll.G. wie über ein selbständiges Wesen ein besonderer Konkurs

<sup>1)</sup> Mitgetheilt in Goldschmidts Zeitschrift VII Seite 488 u. ff.

<sup>2)</sup> Mitgetheilt in Senfferts Archiv VI 423 N<sup>o</sup> 302.

<sup>3)</sup> in Kraft getreten: in Preußen und Sachsen am 1. März 1862, in Frankfurt am 1. Januar 1863, in Bayern am 1. Juli 1862 u. s. w.

durchgeführt wird, aus welchem bloße Privatgläubiger der Gesellschafter, d. h. solche, die nicht mit der Firma als solcher kontrahirt haben, ausgeschlossen bleiben.

Die Kommission, welche das D. H. G. B. berieth, war übrigens in vielen Punkten uneinig (vgl. Nürnberger Protokolle I 154—161, 176, 187—189, 197—204, 214—230, 268, 274—289; II 1027, 1133 bis 1144; IX 4520—4527, 4638—4639), und wurden die meisten dießbezüglichen Beschlüsse mit 9 gegen 7 Stimmen gefaßt. Es plagten eben hier auch, wie früher in der Litteratur, die Gegensätze der Vertreter des *corpus juris* und strikten Auslegung desselben einerseits und der Vertreter und Anhänger des durch moderne Verkehrsbedürfnisse entwickelten modernen Handelsgewohnheitsrechtes auf einander. Viel wurde darüber debattirt, ob die Koll. G., insbesondere die einmal durch den beschlossenen Entwurf festgestellte Koll. G., eine juristische Person sei oder nicht. Die Anhänger der zweiten Ansicht führten besonders an, daß zur Begründung einer juristischen Person nicht der Wille von Einzelnen genüge, sondern Staatsgenehmigung gehöre, sowie, daß die unbeschränkte solidarische Haftbarkeit der Gesellschafter gegen sie spreche (vgl. die oben zitierten Stellen der Nürnberger Protokolle). Die Kommission einigte sich schließlich dahin, im Gesetze über diesen Punkt zu schweigen, und es dem Belieben jedes Einzelnen zu überlassen, die nun einmal gesetzlich normirte Koll. G. als juristische Person aufzufassen oder nicht. Die Mehrheit der Kommission war übrigens gegen diese Auffassung. Der Mehrheit der Kommission haben sich von den Kommentatoren Buchelt und Hahn, der Minderheit Anschütz, Bölderndorff, Wengel und Kloße angeschlossen. (NB. Letztere im Commentare zur deutschen Konkursordnung.)

#### § 26.

Die neueste sich mit dieser Frage beschäftigende Schrift ist die 1882 in Elbing erschienene Dissertation von Georg Lehmann „Ueber das Rechtsgewand der offenen Handelsgesellschaft“.

Schon der Titel der Schrift verräth ihren mehr philosophischen als juristischen Inhalt. Jede Seite enthält Unrichtigkeiten und Trugschlüsse, die zum großen Theile auch auf Unkenntniß beruhen. So macht sich der Verfasser über die Idee Ladenburgs, daß die Gesellschafter als Bürger der Gesellschaft, aber freilich nicht als „gewöhnliche Bürger“, aufzufassen seien, mit den Worten lustig: „Also wohl ungewöhnliche Bürger? Diese Umschreibung grenzt ja an die abenteuerliche unfreiwillige Stellvertretung des Wilderers.“ Es ist Herrn Lehmann also nicht bekannt, daß neben der gewöhnlichen oder einfachen Bürgerschaft auch noch, und zwar sehr häufig

im täglichen Leben, wie jeder Wechsel zeigt, die solidare Bürgschaft („Bürg- und Selbstzahlerchaft“) vorkommt, d. h. eine Bürgschaft mit Verzicht auf die exceptiones excussionis et divisionis. Daher fällt ihm denn freilich die Auffassung der Haftbarkeit der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft — als eine lächerliche Ungereimtheit auf. Lehmann äußert sich sehr energisch dahin, daß von einer besonderen Persönlichkeit der Koll.G. mit eigenen Aktiven und Passiven keine Rede sei, vielmehr unzweifelhaft die Gesellschafter zu Quoten Eigenthümer (condomini) der Gesellschaftsachen, selbst Gläubiger der Gesellschaftsforderungen und Schuldner der Gesellschaftsschulden seien. Das schließt aus, daß sie Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft sein können. Vielmehr können sie dann nur untereinander Gläubiger und Schuldner sein mit Reduktion der Forderung um die der Kompensation anheimfallenden Quoten.

### § 27.

Die beste Wiederlegung hiezu und zugleich der treffendste Kommentar zu den bezüglichlichen Artikeln des D.HGB. enthalten die Erwägungen zu einem am 9. November 1871 erlassenen Urtheile des preussischen Obergerichtes, mitgetheilt in Goldschmidts Zeitschrift XVIII Seite 604 beziehungsweise 608—612. Dieselben enthalten u. A. folgende Sätze:

„Nach Art. 91 des D.HGB. werden alle Gegenstände, sobald sie in die Gesellschaft eingebracht sind, Eigenthum der Gesellschaft. Nach den Nürnberger Protokollen ist man damals zwar der Ansicht gewesen, daß Gesellschaft hier gleichbedeutend sein solle mit „sämmtlichen Gesellschaftern“ und hat man durch jenen Ausdruck keineswegs der Gesellschaft den Charakter einer juristischen Person beilegen wollen; indeß sind in Wirklichkeit alle die eingebrachten Sachen ebenso, wie die durch den Betrieb des Geschäftes erworbenen Gegenstände nur und lediglich „Eigenthum der Gesellschaft als solcher“, nicht Eigenthum der sämmtlichen Gesellschafter.

„Kein Gesellschafter hat einen ideellen Antheil an den einzelnen das Geschäftsvermögen bildenden Gegenständen; er hat keinerlei Dispositionsbesugniß in seinem einseitigen Interesse über irgend welchen idealen Antheil an diesen Gegenständen; er hat weder im Falle der Auflösung derselben, beziehungsweise bei der dann stattfindenden Liquidation, irgend ein dingliches Anrecht auf einen ideellen Antheil an den das Gesellschaftsvermögen bildenden Gegenständen, und kann kein Privatgläubiger eines Gesellschafters die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen oder Rechte oder einen Antheil an denselben zum Behufe seiner Befriedigung oder Sicherstellung in Anspruch nehmen.

Dem einzelnen Gesellschafter verbleibt nur und lediglich das Recht, daß ihm am Schlusse eines jeden Gesellschaftsjahres von seiner Einlage, oder, wenn sich dieselbe beim Schlusse des vorigen Jahres durch Hinzurechnung seines Antheiles am Gewinne vermehrt hat, von seinem Antheile am Gesellschaftsvermögen<sup>1)</sup> Zinsen zu 4% gut geschrieben und von den während des Geschäftsjahres auf den Antheil entnommenen Geldern Zinsen in demselben Maße zur Last geschrieben und sein Antheil an dem auf der Inventur und der Bilanz ermittelten Gewinne und Verluste dieses Jahres ihm zu beziehungsweise abgeschrieben, beim Ausscheiden aus der Gesellschaft aber, oder im Falle der Auflösung der letzteren, sein Antheil am Gesellschaftsvermögen ihm in Geld ausgezahlt wird (vgl. D. HGB. Art. 98, 106—109, 111, 119, 126, 127, 130, 131, 132, 143).

„Mit dem Momente der wirklichen Einbringung in die Gesellschaft verliert er ipso jure jedes dingliche Recht an den von ihm eingebrachten Sachen zu Gunsten des Gesellschaftsvermögens und werden diese also dadurch Theile des letzteren; sie verlieren somit insoweit ihre Selbstständigkeit und bilden, wie alle übrigen während der Gesellschaft und durch den Betrieb des Geschäfts erworbenen Sachen, in ihrem Verhältnisse zum Gesellschafter nur Werthszahlen des Vermögens, dessen effektiver und einheitlicher Werth sich erst am jedesmaligen Schlusse des Geschäftsjahres beziehungsweise nach Auflösung der Gesellschaft bestimmen läßt.

„Das Geschäftsvermögen einer Handelsgesellschaft ist daher ein Komplex, welcher sich zusammensetzt aus allen beweglichen und unbeweglichen Gegenständen, aus Geld, ausstehenden Forderungen und allen sonstigen Rechten einer-, und aus den Schulden der Gesellschaft andererseits, und welche nach Außen repräsentirt wird lediglich durch die Firma, unter welcher das Gesellschaftsvermögen als „Handelsgeschäft“ verwaltet und geleitet wird. Diesen Charakter hat das Vermögen einer Handelsgesellschaft unter allen Umständen, ohne Rücksicht darauf, ob dieselbe nur aus zwei oder aus mehreren Gesellschaftern besteht. Nirgends macht das Gesetz in dieser Beziehung irgend einen Unterschied. Besteht die Gesellschaft nur aus 2 Gesellschaftern, so hört nun allerdings beim Austritte eines derselben die Gesellschaft als solche auf, ohne daß jedoch hieraus und ohne Weiteres folgt, daß das unter der bisherigen Firma geführte Handelsgeschäft aufgelöst wird. Vielmehr tritt diese Wirkung nur dann ein, wenn

<sup>1)</sup> Dieser Ausdruck dürfte hier wohl besser zu ersetzen sein durch: von dem Saldo seines Kapitalkonto in den Büchern der Gesellschaft.

hierüber unter den Gesellschaftern nichts Anderes verabredet ist (D. HGB. Art. 123, 124).

„Ist daher vertragsmäßig trotz des Ausscheidens eines Gesellschafters der Fortbestand des Handelsgeschäftes unter der bisherigen Firma festgestellt, so treten in Betreff der Abfindung des austretenden Gesellschafters, beziehungsweise dessen zum Eintritte in die Gesellschaft berechtigten Erben, genau dieselben Bestimmungen in Anwendung, welche gelten, wenn aus einer aus mehr als 2 Gesellschaftern bestehenden Handelsgesellschaft 1 Gesellschafter ausscheidet.

„Ebenso wenig, wie dieser irgend ein dingliches Anrecht auf irgend einen Vermögensgegenstand der Handelsgesellschaft hat, ebenso wenig hat Jener irgend welchen dinglichen Anspruch auf Herausgabe irgend eines bisher der Handelsgesellschaft gehörigen Gegenstandes, und ebenso wenig, wie es einer Zession seines Antheiles an den einzelnen ausstehenden Forderungen bedarf, bedarf es auch einer Ueberlassung seines Antheiles an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücken oder sonstigen Gegenständen, weil er eben keinen individuellen Antheil daran hat.“ Das Urtheil kommt daher zu der Konklusion, daß, da beim Ausscheiden eines Gesellschafters niemals ein Ueberlassungsvertrag oder Kaufvertrag an den überbleibenden Gesellschafter anzunehmen sei, auch niemals ein Werthstempel zu beziehen sei, selbst wenn im Ausscheidungsvertrage der Ausscheidende die Ueberlassung erklären sollte, weil nämlich diese Erklärung überflüssig und ohne rechtliche Folgen sei.

Vgl. dazu die in § 11 zitierten Stellen in Hahns Kommentar.

### § 28.

Das mit dem 1. Januar 1883 für die ganze Schweiz in Kraft getretene „Schweizerische Obligationenrecht“ behandelt die Koll.G. in den Artikeln 552—558 <sup>1)</sup> ungefähr im gleichen Sinne wie das D. HGB. Die einzige wesentliche Abweichung enthält Art. 564 I. 3: „Der einzelne Ge-

<sup>1)</sup> Art. 552 lautet: „Eine Koll.G. ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen, ohne ihre Haftbarkeit nach Maßgabe der folgenden Titel zu beschränken, unter einer gemeinsamen Firma ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben.

„Die Mitglieder einer solchen Gesellschaft haben dieselbe als Koll.G. in das Handelsregister eintragen zu lassen.“

„Gesellschafter für andere als die im ersten Absätze bezeichneten Zwecke können Kollektivgesellschaften werden, wenn sie sich als solche in das Handelsregister eintragen lassen.“

~~gesellschaften~~ kann jedoch für eine Gesellschaftsschuld erst dann persönlich belangt werden, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist."

Wir haben hier also im Gegensatz zum D. HGB., aber im Anschlusse an das zürcherische Obligationenrecht und die französische Praxis, nur eine subsidiär solidarische s. v. v. Bürgschaft der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden, eine Bürgschaft mit exceptio excussionis, aber ohne exceptio divisionis.

### § 29.

Bis zum 1. Januar 1882 hatte jeder Kanton der Schweiz sein eigenes Recht. Im Kanton Zürich trat am 1. Juli 1855 das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch betreffend Forderungen und Schulden in Kraft. Verfasser war Professor Bluntschli. In diesem ist die einschlägige Materie ungefähr so wie jetzt im schweizerischen Obligationenrechte behandelt. In den letzten Dezennien vor gesetzlicher Regelung unserer Materie herrschte viel Streit darüber in Zürich. Auch die Praxis war schwankend. Der Streit über die Natur der Koll.G. war hier nicht nur ein theoretischer. Er knüpfte sich an die praktische Frage, ob im Konkurse die Koll.G. abgesehen liquidirt werden sollte, oder ob vielmehr die Aktiven derselben auf die Konkursmassen der Gesellschafter vertheilt werden sollen, und ob sich in Folge dessen die Gesellschaftsgläubiger unter die laufenden Gläubiger der einzelnen Gesellschafter einreihen lassen müssen. Letzteres hieß und heißt in Zürich so viel als nichts erhalten, indem, abgesehen von anderen Konkursprivilegien, die Ehefrau des Konkursiten in Zürich ein Privilegium für ihr ganzes „Weibergut“ hat, und somit gewöhnlich im Konkurse die ganze Aktivmasse erhält. Der allfällige Beweis, daß das ganze Weibergut von den Eheleuten längst verjubelt worden, und der ganze Aktivbestand bloß aus den von den Gläubigern dem Konkursiten auf Kredit gelieferten Waaren besteht, hilft den Gläubigern nichts. Die Ehefrau zieht mit ihrem unantastbaren Privileg die Waaren an sich, und die Gläubiger gehen leer aus. Kein Wunder also, daß sich die Gesellschaftsgläubiger für separirte Liquidation der Gesellschaft, für Separatkonkurs der Gesellschaft mit Ausschluß der Privatgläubiger der Gesellschafter wehrten, so viel sie konnten.

Die zürcherische Gerichtspraxis schwankte. Am 6. Mai 1840 entschied das Bezirksgericht Zürich in Sachen Weiß zum Bracken gegen Joh. Geßners Erben<sup>1)</sup> dahin: „In dem Konkurse einer Handelsgesellschaft sind aus den

<sup>1)</sup> Siehe Beiträge zur Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege von Dr. Jos. Schauberg. Drell, Füssli u. Comp. I. Band 1841 Seite 122—129.

Aktiven derselben die Gesellschaftsgläubiger mit Ausschluß der Privatgläubiger der Gesellschafter zu bezahlen." Die Erwägungen dazu enthalten unter Anderem folgende Sätze: Die Handelsgesellschaft stellt sich in einem gewissen Sinne als juristische Person dar, welche ihre eigenthümlichen, von denjenigen jedes ihrer Mitglieder als Privatperson getrennten Rechte beziehungsweise Verbindlichkeiten hat. Was ein Gesellschafter in die Gesellschaft eingeschossen hat, gehört nicht mehr zu seinem Vermögen als Privatperson. Auch der Beweis, daß ein ihm gemachtes Darlehen von ihm zu Gesellschaftszwecken verwendet worden ist, hilft seinen Gläubigern nichts. Wenn sie nur mit ihm und nicht der Gesellschaft kontrahirt haben, so können sie sich auch nur an ihn, nicht an die Gesellschaft halten, beziehungsweise sie können nur in seinem, nicht im Gesellschaftskonkurse konkurriren.

Mit Mehrheit bestätigte das Obergericht am 18. Juni 1840 diesen Entscheid und die Erwägungen.

Im Jahre 1845<sup>1)</sup> dagegen entschied dasselbe Obergericht in derselben Frage in Sachen Frau Geßner-Irminger gegen Nyffel und Konsorten im gerade umgekehrten Sinne, nämlich zu Gunsten des Weibergutsprivilegiums auch auf die Hälfte der Firmaaktiven. Es wäre das Recht der Gesellschaftsgläubiger auf Separation der Gesellschaftsaktiven, sagt das Obergericht in seinen Erwägungen, entweder damit zu begründen, daß die juristische Persönlichkeit der Gesellschaft nachgewiesen würde, oder, wenn dieser Nachweis mißlinge, und daher dieses Separationsrecht nur als Privileg der Gesellschaftsgläubiger aufgefaßt werden könnte, wäre dieses Privileg als durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht begründet zu beweisen. Im Gesetze sei nun weder für die eine noch die andere Ansicht ein Stützpunkt zu finden und die Mehrheit der Autoren sowohl als die Mehrheit der neueren Gesetze der Nachbarländer enthalten nichts von einer solchen juristischen Persönlichkeit. Als Privileg dagegen sei dieses Separationsrecht wohl in Frankreich bekannt, nicht aber im gemeinen deutschen Rechte, indem die Mehrheit der deutschen Autoren sowohl als die neueren deutschen Gesetze sich gegen dasselbe aussprechen. Und in Zürich sei zwar einmal im Sinne des Bestehens eines solchen Privilegiums entschieden worden. Dieser Entscheid sei aber ein vereinzelter geblieben. Laut den Konkursprotokollen der letzten 30 Jahre dagegen seien in Zürich stets die Aktiven der Gesellschaft auf die einzelnen Massen der Gesellschafter vertheilt worden. Dieß habe daher auch jetzt zu

<sup>1)</sup> Siehe Schaubergs Beiträge VIII (1847) S. 437—453.

geschehen, und zwar sei in Ermangelung des Nachweises ungleicher Antheile jeder Masse die Hälfte<sup>1)</sup> zuzuweisen.

Schauberg war sehr mit diesem vereinzeltten Urtheile von 1840 einverstanden gewesen, und hatte sich demgemäß in seiner Zeitschrift ausgesprochen (Beiträge I Seite 130—138). Dr. J. Hürlimann<sup>2)</sup> dagegen schrieb eine Schrift gegen Schaubergs Abhandlung. Er wendet sich in erster Linie gegen Auffassung der Handelsgesellschaft als juristische Person, versucht mit nicht sehr glücklich gewählten Gründen aus der Natur der Sache nachzuweisen, daß von einer juristischen Persönlichkeit der Handelsgesellschaft keine Rede sein könne, und weist nach, daß die Mehrheit der deutschen Autoren sich gegen eine solche Annahme aussprechen. Als Privileg sei das Separationsrecht der Handelsgläubiger ebenfalls zu verwerfen. Vielmehr seien die Aktiven der Koll.G. nach Antheilen der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen auf die verschiedenen Massen der Gesellschafter zu vertheilen. Schlagend weist Hürlimann nach, daß sich Schauberg zur Begründung des fraglichen Separationsrechtes mit Unrecht auf das römische Recht und insbesondere mit Unrecht auf l. 5 §§ 15 und 16 de trib. act. (Dig. 14, 4) und Ulpian beruft, indem eben dessen Satz: „unusquisque enim eorum magis merci quam ipsi credidit“ nur für Hausföhne und Sklaven gilt, keineswegs aber für Freie. Ebenso weist Hürlimann treffend nach, daß sich Schauberg mit Unrecht auf Schweppe und Spangenberg berufe. Weniger glücklich kämpft Hürlimann gegen die Begründung dieses Privilegiums (s. v. v. ohne damit sagen zu wollen, daß es eigentlich ein Privileg sei) aus der Natur der Sache<sup>3)</sup>. Vor Allem vergißt er, uns mitzutheilen, wie man es macht, in jedem Privatkonkurse der einzelnen Gesellschafter der Aktivmasse dieser Konkurse den dem Gesellschafter zukommenden

<sup>1)</sup> Ich habe mir die Mühe genommen, die noch vorhandenen Vertheilungspläne im Konkurse von Handelsgesellschaften aus der Zeit vor Einführung des privatrechtlichen Gesetzbuches durchzusehen, und gewährte mir Herr Notar Wethli in Zürich im verdankenswerthen Weise Einsicht in die alten Konkursakten des Notariatskreises Zürich. Freilich kamen unter diesen nur sehr wenige Konkurse von Handelsgesellschaften vor. Bei den wenigen durchgeführten Konkursen derselben waren stets die Aktiven der Gesellschaft nach Kopftheilen auf die Massen der Gesellschafter vertheilt worden, unabhängig von der Verschiedenheit der „Antheile“ am Gesellschaftsvermögen.

<sup>2)</sup> „Das Verhältniß der Sozietätsgläubiger zu den Privatgläubigern im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft (société en nom collectif) von Kantonsprokurator Johannes Hürlimann. Zürich 1846.“

<sup>3)</sup> Siehe Hürlimann a. a. O. Seite 56 u. ff.

Antheil an den Gesellschaftsaktiven beizufügen. Auch Hürlimann läßt uns darüber ganz im Unklaren, wie er diesen Antheil berechnet, besonders dann, wenn, was häufig genug vorkommt, der eine Gesellschafter Schuldner der Gesellschaft ist, und nur der oder die anderen Gläubiger. Er verweist dießbezüglich einfach auf Treitschke, der ja 4 Berechnungsarten gestellt habe. Aber abgesehen davon, daß 2 von den 4 Berechnungsarten Treitschke's von ihm selbst als unmöglich verworfen werden, und eine dritte auf einer vielleicht gar nie wirklichen Möglichkeit beruht, so gibt uns ja auch Treitschke nur Auskunft, wie sich die Gläubiger gemäß ihrer Solidarberechtigung an jeden Gesellschafter bei den verschiedenen Massen beteiligen sollen, nachdem die Gesellschaftsaktiven auf die Aktiomasen der Gesellschafter „nach Antheilen“ vertheilt waren (vgl. § 13 Seite 21).

Als im Jahre 1851 dieselbe Frage abermals dem zürcherischen Obergerichte zur Entscheidung vorlag, beharrte es bei seiner im Jahre 1845 abgegebenen Lösung<sup>1)</sup> derselben, trotzdem mittlerweile von Unger<sup>2)</sup> eine Schrift zur Unterstützung der Schauberg'schen Ansicht erschienen und von Schauberg sogar ein Gutachten<sup>3)</sup> der juristischen Fakultät von Heidelberg zur besseren Belehrung des Obergerichtes produziert worden war. In den Jahren

<sup>1)</sup> Siehe Schaubergs Beiträge XIV Seite 204—228.

<sup>2)</sup> „Der Konkurs der Kreditoren nach zürcherischem Recht von Hartmann Unger. Zürich. Karl Köhler. 1849.“ Insbesondere Seite 112 ff. Seite 114 sagt er treffend: „Nach diesem durchaus richtigen Grundsätze, daß die Kreditoren nicht mehr Rechte erwerben können, als der Kridar selbst besaß, findet also die Separation statt, wenn eine wirkliche Gesellschaft bestanden hat; nicht aber dann, wenn die Handlung nur von dem Kridaren an einem oder verschiedenen Orten geführt wurde, weil auch er nicht verhindert war, die Eine oder mehrere Handlungen in Ein oder in sein übriges Vermögen zu verschmelzen. Auf der anderen Seite müssen wir diese Separation nicht nur bei den Handelsgesellschaften, sondern bei allen denjenigen Gesellschaften gestatten, wo der Kridar selbst nicht berechtigt ist, vor stattgefundenen Tilgung der Schulden, beziehungsweise Berechnung derselben, seinen Vermögensantheil in Empfang zu nehmen, wie z. B. bei Eisenbahn-, Dampfschiffahrtsgesellschaften x.“

<sup>3)</sup> „Rechtsgutachten des Spruchkollegiums der Universität Heidelberg über die „Rechte des offenen Handelsgesellschafters und diejenigen seiner Konkursmasse an dem „Gesellschaftsvermögen. Vom Oktober 1850.“ (Schaubergs Beiträge XII N<sup>o</sup> XVII). Ich führe aus diesem interessanten Gutachten folgende Stellen wörtlich an:

213 „Verfolgt man, um zur Auffindung der rechtlichen Natur der Handelsgesellschaft „zu gelangen, die allmälige Ausbildung des Institutes einer solchen Gesellschaft, „welche dem römischen Rechte unbekannt war, so kann eine sichere Grundlage „der Beurtheilung nur in der Auffassungsweise gefunden werden, mit welcher das „in Frage stehende Institut nach dem Rechtsbewußtsein Derjenigen, welche von

dem Institute Gebrauch machten, betrachtet und von den Richtern aufgefaßt wurde, welche sich an jenes Rechtsbewußtsein der Parteien, an die herrschende „Vorstellungsweise und an die Bedürfnisse und Rechtsansichten angeschlossen, welche die Institute erzeugten. Vorzüglich darf nicht unbeachtet bleiben, daß in Bezug auf handelsrechtliche Institute schon früh im Mittelalter eine feststehende „Ansicht galt, daß die Gerichte an die Handelsgewohnheiten sich halten mußten, „und zu einer Zeit, in welcher namentlich in Italien das römische Recht schon sehr verbreitet war, eben von denjenigen Juristen, welche das römische Recht „wissenschaftlich ausbildeten und den größten Einfluß auf die Rechtsentwicklung „und die Rechtsübung hatten, die zuvor bemerkte Ansicht aufgestellt wurde.“

„Es bedarf statt vieler Anführungen nur der Berufung auf zwei bedeutende „Rechtslehrer des Mittelalters, nämlich Bartolus und Baldus. Der Erste sagt: „ad leg. si fidejuss (Dig. de mand.): „Arca mercatorum judicari debet de „bono et aequo et quomodo hoc intelligatur.“ Und Baldus ad leg. si pro „ea Cod. de mand. erklärt: „Statuta provinciarum mercantiarum seu mercium „causæ ex nom scripto terminantur consilio mercatorum, non eo venit de „apicibus juris disputare.“

Darin, daß die italienischen Juristen, den bedeutenden Unterschied zwischen der römischen *societas* und der *Koll.G.* erkennend, letztere in engere Beziehungen zur römischen *Universitas* brachten, indem sie sie als *corpus mysticum* behandelten, 215 „lag die Hauptsache, welche das Aufblühen der Handelsgesellschaften ebenso, wie den großen Kredit derselben verbürgte. Diejenigen, welche sich solchen Gesellschaften „anschlossen, waren sicher, daß das große zusammengebrachte Handelsvermögen für „die Tilgung ihrer Ansprüche hafte, sobald nur die Gesellschaftsschulden getilgt „waren, und der Kredit der Gesellschaft war gesichert, indem sich gerne dritte „Personen in Geschäfte mit der Gesellschaft einließen, weil sie wußten, daß das „ganze Gesellschaftsvermögen ihnen hafte, daß die Solidarhaftung aller Gesell- „schafter mit ihrem Vermögen Aussicht auf sichere Befriedigung begründe und „das Vermögen der Gesellschaft nur von den Gesellschaftsgläubigern in Anspruch „genommen werden könne, ohne daß darauf die Gläubiger der einzelnen Gesell- „schafter Ansprüche in Konkurrenz mit den Gesellschaftsgläubigern geltend machen „könnten. Es war im 15. Jahrhundert vorzüglich in das Rechtsbewußtsein auch „der Punkt übergegangen, daß auch die Ehefrauen der einzelnen Gesellschafter „wegen ihrer *dos*, der man schon Privilegien zugestehen anfang, an das Gesell- „schaftsvermögen keinen Anspruch haben.“

Seite 224 fährt das Gutachten fort:

„In Bezug auf die erste Frage:

„Worin besteht der Antheil des offenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen, „und muß der auf Theilung dieses Vermögens klagende Gesellschafter nicht zuvor „alle Schulden der Gesellschaft sich in Anrechnung und Abzug bringen lassen? „ergibt sich,

„daß der Antheil des offenen Gesellschafters nur in dem Gewinn besteht, welcher „nach Tilgung aller Schulden der Gesellschaft übrig bleibt. Da nach der Natur „der offenen Gesellschaft das Vermögen derselben ein abgeordnetes Ganze bildet, „das nicht mit dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter vermischt werden kann; „da dieses Vermögen nur bestimmt ist, die Ansprüche Derjenigen zu befriedigen, „welche an die Gesellschaft als solche Forderungen haben, so erlangt der einzelne

„Gesellschafter keinen bestimmten Rechtsanspruch an einzelnen Theilen des Gesellschaftsvermögens, bis nachgewiesen ist, daß ein reiner zu vertheilender Gewinn vorhanden ist; das Recht des einzelnen Gesellschafters ist nur ein eventuelles, d. h. darauf gegründetes, einen Gewinn zu beziehen, wenn sich ein solcher bei Auseinanderlegung des Vermögens und Regelung aller Gesellschaftsverhältnisse ergibt. Da nun nach bekannten Rechtsregeln“ (Ann.: Wohl Dig. pro socio 30: Neque enim lucrum intelligitur nisi omni damno deducto.) kein Gewinn vorkommen kann, so lange die Schulden nicht bezahlt sind, welche auf dem Vermögen haften, aus dessen Benutzung ein Anderer Gewinn ziehen will, so kann auch kein offener Gesellschafter einen Anspruch an das Gesellschaftsvermögen geltend machen, so lange nicht von ihm nachgewiesen wird, daß ein reiner Gewinn vorliegt; und wenn er eine bestimmte Summe als Gewinn in Anspruch nehmen will, so muß er darthun, daß eben eine so große Summe, als er fordert, als Gewinn aus dem Gesellschaftsvermögen vorhanden sei. Jeder offene Gesellschafter muß, wenn er auf Gewinn klagt, sich gefallen lassen, daß ihm eingewendet wird, daß noch unberichtigte Forderungen vorhanden seien, für welche das Gesellschaftsvermögen als eine abgeforderte Masse haften muß. In erster Reihe stehen nun als Diejenigen, welche vorerst aus jenem Vermögen zu befriedigen sind, die Gesellschaftsgläubiger, dann aber auch die Forderungen anderer Gesellschafter, welche auf das Gesellschaftsvermögen Anspruch haben, entweder weil sie anerkannte Einschüsse gemacht haben, oder weil sie ebenfalls am Gewinn Theil haben. Daß auch solche Ansprüche der Gesellschafter vorerst zu tilgen sind, erkennt das englische und amerikanische Recht klar an. Story, comm. on the law of partnership, p. 529“ (ebenso das französische Recht, vgl. das Urtheil des Pariser Parlamentes vom Jahre 1867).

225

„Die zweite Frage:

„Kann nach Auflösung der Gesellschaft der offene Gesellschafter als seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen von dem einzigen Mitgesellschafter Etwas aushin verlangen, ohne sich die Schulden der frühern Gesellschaft, sowie das Gut, haben des Mitgesellschafters an dieselbe zuvor anrechnen lassen zu müssen?

„beantwortet sich dahin,

„daß ein solches Verlangen rechtlich nicht begründet sein kann. Die Auflösung der Gesellschaft ändert an den durch Abschluß des Geschäftes mit der Gesellschaft erwachsenen Rechten an die Gesellschaft nichts; der Anspruch jedes Gesellschafters ist immer nur ein eventueller, der klagend geltend gemacht werden kann, wenn nach der Auseinanderlegung des Vermögens ein Gewinn für den, welcher klagen will, sich ergibt. So lange dieß nicht eintritt, ist kein zur Klage erwachsenes Recht vorhanden; der Klage, wenn sie doch angebracht wird, stellen mit Recht die Gesellschaftsgläubiger entgegen, daß das Gesellschaftsvermögen ihnen vorerst hafte und erst nach Tilgung ihrer Forderungen ein klagbar zu verfolgender Gewinn vorkomme; der Mitgesellschafter aber stellt ebenso dem Kläger entgegen, daß auch seine Ansprüche an das Gesellschaftsvermögen vorerst, oder, insofern von Theilung des Gewinnes die Rede ist, gemeinschaftlich mit dem Gewinnantheile des Klägers befriedigt werden müssen.“

„In Ansehung der dritten Frage:

„Welche Rechte stehen der Konkursmasse eines offenen Gesellschafters an dem Vermögen der bisherigen Gesellschaft zu?

1855 und 1856 wandte das zürcherische Obergericht dagegen<sup>1)</sup> die Grundsätze des neuen Gesetzbuches auch auf Fälle an, die demselben noch nicht unterworfen waren, in Uebereinstimmung mit einem Gutachten Sulzbergers<sup>2)</sup> dahin gehend, daß das neue Gesetzbuch auf schwebende Rechtsverhältnisse Anwendung finden solle, wo in der betreffenden Frage vorher Unsicherheit, Unklarheit oder eine schwankende Praxis geherrscht habe.

### § 30.

In der übrigen Schweiz wurden dieselben Fragen nur sehr selten, aber in sehr verschiedener Art behandelt. Die Gesetzgebung gab meist nur dürftige oder gar keine Aufschlüsse über die Koll.G.

Die wälsern Kantone schlossen sich der französischen Gesetzgebung und Praxis an, ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmungen hierüber. Nur Freiburg enthielt in seinem vom Jahre 1850 herrührenden Obligationenrechte einschlägige Bestimmungen. In Art. 1859 bestimmt es den

226 „muß man davon ausgehen, daß die Gläubiger eines Konkurschuldners keine „größeren Rechte haben können, als der Schuldner selbst“ (vgl. l. 175 § 1 Dig. 50, 17: „Non deo melioris conditionis esse quam auctor meus, a quo jus in me „transit.), „daß also auch die Konkursgläubiger des Gesellschafters keine Rechte „auf das Gesellschaftsvermögen geltend machen können, wenn sie nicht nachweisen, „daß bereits ein Gewinnanteil vorliegt, welchen der Konkurschuldner hätte ein- „klagen können; daher können sie den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber keine „konkurrierenden Ansprüche auf das Gesellschaftsvermögen geltend machen, sondern „müssen den Gesellschaftsgläubigern nachstehen, weil nur diesen das Gesellschafts- „vermögen als abgesonderte Masse vorzugsweise haftet. Die Rechte der Konkurs- „masse können nur darin bestehen:

„1) zu fordern, daß die Liquidation des Gesellschaftsvermögens vorgenommen „werde, weil auch der Konkurschuldner als Gesellschafter das Recht hat, daß nach „Auflösung der Gesellschaft liquidirt werde“ . . .

„2) Die Konkursmasse kann ferner ein rechtliches Interesse geltend machen, „die Einsicht in die Gesellschaftsbücher und alle auf die Liquidation bezüglichen „Urkunden zu erhalten“ . . .

„3) Sie kann den Gewinnanteil verfolgen, welcher sich nach Tilgung der „Forderungen der Gesellschaftsgläubiger als reiner auf . . . den Kreditoren . . . „fallender Gewinnanteil ergeben sollte.“

<sup>1)</sup> Siehe Schaubergs Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege II N<sup>o</sup> XVIII Seite 95—98 (Urtheil des zürcherischen Obergerichtes vom 4. Oktober 1855) und eodem IV N<sup>o</sup> XXI Seite 62—70.

<sup>2)</sup> Siehe eodem I.

abgeforderten Gesellschaftskonkurs, und in Art. 1970, daß der Konkurs eines Gesellschafters gleich seinem Austritte zu behandeln sei.

Das Berner Gesetzbuch von 1833 ist in dieser Materie nicht sehr klar. Muthmaßlich kannte Bern auch den besonderen Gesellschaftskonkurs, obwohl das Gesetzbuch sonst stets von Miteigentumsrecht der Gesellschafter spricht (siehe Art. 887). Ebenso Luzern.

Nach dem Solothurner Gesetzbuch von 1848 war das Kapital der Gesellschaft Eigentum derselben (Art. 1210), waren die Gesellschafter subsidiär solidarisch haftbar für die Schulden der Gesellschaft (Art. 1211), und standen im Konkurse der Gesellschaft die Gesellschafter mit ihren Einlagen allen übrigen Kreditoren nach (Art. 1213); also Alles ganz wie im neuen schweizerischen Obligationenrecht.

Im übrigen verhalten sich die schweizerischen Gesetzbücher sachbezüglich schweigsam, und von sachbezoglicher Praxis konnte ich nichts erfahren. Die Sonderstellung, die Professor Andreas Heusler einnimmt, und seine geistreichen Vorschläge, werde ich später behandeln.

### § 31.

Eine eigenartige und eingehendere Behandlung fand diese Materie in Glarus. Im Jahre 1860 weist das Obergericht dieses Kantons die Forderung der Frau Jenny, angemeldet im Konkurse der Firma Jenny, Wild u. Komp., für ihr mitgebrachtes und von ihrem Ehemann in die Gesellschaft eingebrachtes Frauengut, ab, weil sie nur Gläubigerin ihres Ehemannes sei, und „nach heutigem gemeinem Handelsrecht die Privatgläubiger eines Gesellschafters auf die Aktiven der Gesellschaft so lange keinen Anspruch machen können, als nicht die Gesellschaftsgläubiger vollständig befriedigt sind“<sup>1)</sup>.

Hiedurch angeregt erschienen in Glarus folgende zwei Schriften: „Bericht und Antrag der landrätlichen Kommission betreffend die Konkurse von Handelsgesellschaften. Schnellpressendruck von J. Vogel in Glarus. 1862“, verfaßt von Dr. J. J. Blumer, Ständerath, und „Entwurf eines Gesetzes betreffend die Behandlung der Konkurse von Handelsgesellschaften. (Minoritäts-Gutachten.) Glarus, gedruckt bei Frid. Schmid, jun., 1862“, verfaßt von Appellationsrichter Heinrich Trümpp.

Die wesentlichsten Bestimmungen des in der ersteren enthaltenen Entwurfes sind: „§ 1. Wenn über eine aus mehreren Associés bestehende Handels-

<sup>1)</sup> Dieses Urtheil ist mitgetheilt in Band XXIII II Seite 35 und 36 der Zeitschrift für schweizerisches Recht.

ration gemäß § 5 des Fallimentsgesetzes der Konkurs ausbricht, so ist zuerst die Masse der Gesellschaft als solcher und erst nachher sind die Privatmassen der einzelnen Associés zu liquidiren. § 2. Die Aktiven der Gesellschaft bestehen aus allem Eigenthum, beweglichem und unbeweglichem, und allen Forderungen, welche der Firma bei Ausbruch des Konkurses zustehen, mit Inbegriff des von den einzelnen Associés eingeschossenen oder bei ihnen noch als schuldig ausstehenden Kapitals; in die Passiven sind dagegen aufzunehmen alle versicherten und unversicherten Forderungen von Gläubigern, welche der Handelsfirma kreditirt haben. Ausgeschlossen bleiben die Privatgläubiger der einzelnen Associés. Der einzelne Associé kann nur insofern als Gläubiger der Gesellschaft in ihr Passivinventarium aufgetragen werden, als er über das schuldige Einschlußkapital hinaus noch der Firma Geld angelehnt oder auf anderem Wege eine Forderung gegen sie erworben hat. Dagegen kann die Ehefrau eines Associé die ihr für ihr Frauengut nach § 211 <sup>1)</sup> des Landbuchs zustehenden Rechte gegenüber der Gesellschaftsmasse insoweit geltend machen, als sie den rechtsgenügenden Beweis dafür erbringen kann, daß ihr Vermögen oder ein Theil desselben durch ihren Ehemann in die Handelsgesellschaft eingeworfen worden sei.“

Trümper dagegen liquidirt vorerst nur die Aktiven der Gesellschaft, um zu berechnen, wie viel nach Vertheilung sämtlicher Verluste der eine oder andere Gesellschafter allfällig noch an die Gesellschaft zu gut hat. Das wird dann an seine Masse ausbezahlt, und darnach der Rest der Aktivmasse der Firma nach Antheilen, d. h. nach Betheiligung an „Gewinn und Verlust“ <sup>2)</sup> auf die verschiedenen Massen vertheilt. Die Gesellschafts-

<sup>1)</sup> Der zitierte § 211 gibt der Frau ein Privileg für die Hälfte dieses eingebrachten Vermögens, wahlweise mit dem Rechte, unter Verzicht auf das Privileg mit ihrer ganzen Forderung gemeinsam mit den andern Gläubigern zu konkurriren.

Ich sympathisire mit gar keinen Konkursprivilegien, also auch nicht mit dem Weibergutsprivileg. Traut eine Frau ihrem Manne nicht, so mag sie, bevor sie ihm ihr Vermögen anvertraut oder während der Ehe, Sicherstellung ihres Vermögens verlangen. Versäumt sie dieß, und gibt sie dadurch dem Ehemann die Gelegenheit, durch ihr Vermögen den Anschein eines hablichen Mannes zu erwecken und ungerechtfertigten Kredit zu erwerben, so sollte ihr im Konkursfalle auch nicht gestattet sein, mit einem Privileg die ihrem Ehemanne von anderen Lenten anvertrauten Waaren an sich zu ziehen. Um so weniger halte ich natürlich dieses Privileg der Ehefrau eines Gesellschafters auf die Aktiven der Gesellschaft für gerechtfertigt.

<sup>2)</sup> Trümper erwähnt hier unüberlegterweise des Gewinnes und Verlustes, während man, sind die Gesellschafter am Gewinn anders als am Verlust theilhaftig, doch wohl nur eines von beiden Verhältnissen berücksichtigen kann.

gläubiger stehen mit den Privatgläubigern der Gesellschafter in gleichen Rechten, nur daß sie kraft Solidarverpflichtung der Gesellschafter sich bei jedem Konkurse beteiligen. In denselben Konkursen werden auch die Forderungen der Gesellschafter unter sich, entstanden aus dem Gesellschaftsverhältnisse, liquidirt. <sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> Es ist wohl am Platze, zur Veranschaulichung dieses total neuen und eigenartigen Vertheilungssystems, das sich in vielen Beziehungen vor den Unbilligkeiten und vor Allem vor den Mängeln und Unvollständigkeiten dunkel gelassener Stellen der andern Gegner eines separat durchzuführenden Gesellschaftskonkurses auszeichnet, das vom Verfasser selbst dazu niedergeschriebene Beispiel anzuführen. Er ließ ein Beispiel in der oben zitierten Schrift drucken. An Stelle desselben zitiere ich aber wohl besser folgendes von ihm geschriebene und einem Briefe an meinen Vater, Professor Dr. jur. Heinrich Fick, beigelegte Beispiel, weil es eine Verbesserung des an kleinen Mängeln leidenden gedruckten Beispiels ist.

„Beim Falliment der Firma A & B zeigt sich folgender Status:

| Aktiven:                                 | Passiven:                             |
|------------------------------------------|---------------------------------------|
| Fr. 93,000 Guthaben, Wechsel, Waaren zc. | Fr. 150,000 diverse Gläubiger.        |
| in richtiger Werthung.                   | „ 60,000 Kapital-Konto des Associé A. |
| „ 6,000 Kapital-Konto des Associé B.     |                                       |
| „ 111,000 Defizit.                       |                                       |
| Fr. 210,000                              | Fr. 210,000                           |

Dieses Defizit ist den beiden Associés auf ihren Kapital-Konti zu belasten; — ihre Rechnungen stellen sich demnach wie folgt:

|                                          |         |            |
|------------------------------------------|---------|------------|
| A sein Kapital-Konto betrug . . . . .    | Haben   | Fr. 60,000 |
| die Hälfte des obigen Defizits . . . . . | Soll    | „ 55,500   |
|                                          | A Haben | Fr. 4,500  |
| B sein Kapital-Konto betrug . . . . .    | Soll    | Fr. 6,000  |
| die Hälfte des Defizits . . . . .        | „       | „ 55,500   |
|                                          | B Soll  | Fr. 61,500 |

#### Bilanz.

| Aktiven:                        | Passiven:                      |
|---------------------------------|--------------------------------|
| Fr. 93,000 Guthaben, Waaren zc. | Fr. 150,000 diverse Gläubiger. |
| „ 61,500 Kapital-Konto B.       | „ 4,500 Kapital-Konto A.       |
| Fr. 154,500                     | Fr. 154,500                    |

NB. Das Guthaben des A von Fr. 4500 ist der für diesen Associé sich bildenden Separat-Masse herauszugeben.

|                                             |     |            |
|---------------------------------------------|-----|------------|
| Die gemeinsamen Aktiven von . . . . .       | Fr. | 93,000     |
| abzüglich dieser Ausbezahlung von . . . . . | „   | 4,500      |
| reduzieren sich auf . . . . .               |     | Fr. 88,500 |

In den Motiven zu seinem Minoritätsantrage verwahrt sich Trümpy ausdrücklich gegen den Vorwurf, daß er die Gesellschaft nicht als juristische Person mit vom Vermögen der Gesellschafter getrenntem Vermögen betrachte. Er sei dießbezüglich ganz derselben Meinung wie die Majorität der Kom-

Nachdem die obigen Resultate ermittelt, bilden sich die Separat-Massen, bei welchen folgende Privatverhältnisse zu berücksichtigen sind:

Affocié A hat kein Privatvermögen; — dagegen Privatschulden Fr. 20,000, und Frauengut Fr. 10,000. (NB. Frau A erklärt ohne Bevorzugung den übrigen Gläubigern beizutreten.)

Affocié B hat Privatvermögen Fr. 20,000, Privatschulden Fr. 6000; Frauengut Fr. 10,000. (NB. Frau B erklärt, die Hälfte ihres Gutes vorweg zu beziehen.)

Nach diesen Voraussetzungen würde nun der Konkurs der Firma A & B wie folgt ausgetragen (NB. da Separat-Masse A an Separat-Masse B zu fordern hat, so ist es richtiger, letztere zuerst zu bereinigen):

#### Separat-Masse B.

| Aktiven:                                                    | Passiven:                                                                                                |
|-------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Fr. 44,250 die Hälfte der gemeinsamen Aktiven.              | Fr. 150,000 Firmagläubiger.                                                                              |
| „ 20,000 Privatvermögen.                                    | „ 6,000 Privatgläubiger.                                                                                 |
| Fr. 64,250                                                  | „ 30,750 Guthaben des Affocié A (Hälfte des Kapital-Konto B bei der Gesellschafts-Masse von Fr. 61,500). |
| „ 5,000 ab gesicherte Hälfte d. Frauengutes von Fr. 10,000. |                                                                                                          |
| Fr. 59,250                                                  |                                                                                                          |
| „ 127,500 Defizit.                                          | Fr. 186,750                                                                                              |
|                                                             | Trifft zirka $31\frac{7}{10}\%$ .                                                                        |

#### Separat-Masse A.

| Aktiven:                                                        | Passiven:                         |
|-----------------------------------------------------------------|-----------------------------------|
| Fr. 44,250 die Hälfte der gemeinsamen Aktiven.                  | Fr. 150,000 Firmagläubiger.       |
| „ 4,500 von der Gesellschafts-Masse erhaltenes Guthaben.        | „ 20,000 Privatgläubiger.         |
| „ 6,840 Treffniß seines Guthabens bei Affocié B von Fr. 30,750. | „ 10,000 Frauengut.               |
| Fr. 55,590                                                      |                                   |
| „ 124,410 Defizit.                                              | Fr. 180,000                       |
|                                                                 | Trifft zirka $31\frac{9}{10}\%$ . |

Nach vorstehender Repartition erhalten:

Die Firmagläubiger  $31\frac{7}{10} + 31\frac{9}{10} = 63\frac{6}{10}\%$ .  
 „ Privatgläubiger von A . . . .  $31\frac{9}{10}\%$ .  
 „ „ „ B . . . .  $31\frac{7}{10}\%$ .

mission. Er sagt ferner: „Der Grund, der von der Majorität für die von ihr selbst anerkannte, wesentliche Bevorzugung der Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Privatgläubigern hauptsächlich angeführt wird, daß nämlich durch Beseitigung derselben der Kredit unserer Handelstragionen in ihrem auswärtigen Verkehr geschwächt würde, scheint mir kein stichhaltiger zu sein; denn abgesehen davon, daß diese Behauptung eine unbegründete ist, müßte ich es einerseits als höchstes Unrecht betrachten, diesen größern Kredit durch Beeinträchtigung der Privatgläubiger zu erkaufen, und andererseits ist nicht zu übersehen, daß just um so viel, als der Kredit der Firmen erhöht, andererseits der Kredit der einzelnen Associés vermindert oder vielmehr gänzlich vernichtet wird.“

Ich führe diese Stelle wörtlich an, weil sie mit einem auch von anderen Autoren gegen die viel erwähnte Separation geäußerten Bedenken übereinstimmt. Meiner Meinung nach ist aber dieses Bedenken ein total unbegründetes, und ist nur merkwürdig, daß sogar ein Kaufmann, wie Trümpp, dasselbe äußern kann. Denn: eine Handelsgesellschaft braucht Kredit. Kredit ist eine Bedingung des Handels. Ganz anders aber der Gesellschafter in seinem Privatleben, als Privatmann. Da braucht er durchaus keinen Kredit. Er soll seinen Schneider und Handschuhmacher gleich bezahlen. Das liegt im gemeinsamen Interesse der Schneider einerseits sowohl als ihrer ehrlichen Kunden andererseits. Mit den Wucherern aber, mit denen er heimlich vor seinen Associés in den schlimmen Tagen vor der Katastrophe in Verbindung getreten ist, braucht man kein Mitleid zu haben.

Ich will gerade an dieser Stelle eines zweiten, ebenso häufig zu findenden und ebenso unbegründeten Bedenkens gegen die Absonderung der Firmaaktiven Erwähnung thun. Wir finden mehrfach das Bedenken (und Trümpp scheint davon nicht frei zu sein), es könnte ja, wenn man derart die Firmaaktiven bloß unter die Firmagläubiger vertheilte, ein Mann angesichts seines bevorstehenden Konkurses noch rasch eine Sozietät eingehen, und in diese sein Aktivvermögen einwerfen, um dasselbe seinen Gläubigern zu entziehen. Aber: so lange der Schuldner noch aufrecht ist, können ihn die Gläubiger eben nicht an Veräußerung seiner Aktiven hindern, sei es nun zu Gunsten einer Sozietät oder einer Privatperson. Oder soweit es gegen eine Veräußerung der Aktiven die Remedien des Arrestes oder später der actio Pauliana gibt, soweit sind diese gewiß auch zulässig bei Veräußerung der Aktiven durch Einwerfen derselben in eine Gesellschaft. Das Bedenken ist also unstichhaltig.

Die schweizerische Bundesversammlung und das schweizerische Bundesgericht hatten mehrfach Anlaß, sich darüber zu entscheiden, ob sie die Handelsgesellschaft für ein selbständiges Rechtssubjekt, eine juristische Person, mit demzufolge selbständigem Domizil, auffassen oder nicht, nämlich bei Rekursen über den persönlichen Gerichtsstand auf Grund des Art. 59 der Bundesverfassung von 1874 beziehungsweise Art. 50 der Bundesverfassung von 1848. Sie entschieden sich stets für selbständiges Domizil der Handelsgesellschaft. Die bezügliche Bundespraxis ist vollständig angeführt und kritisiert in Dr. Albert Schoch's vortrefflicher Schrift über den „Artikel 59 der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 betreffend den Schutz des Schuldners beim Richter seines Wohnortes. Göttingen-Zürich 1882.“ Wir verweisen insbesondere auf § 14 IV und § 39 III der zitierten Schrift.

## § 33.

Ich habe in diesen vorangehenden 32 Paragraphen ein möglichst vollständiges Bild der Anschauungen der Juristen über die Verhältnisse der Koll.G. gegenüber Dritten zu geben versucht, und soweit irgendwo speziell der Konkurs derselben besprochen wurde, mich eingehender damit beschäftigt. Soweit sich die zitierten Autoren nur mit den Verhältnissen der Gesellschafter untereinander beschäftigten, habe ich ihre Äußerungen natürlich als nicht hieher gehörig unberücksichtigt gelassen.

Die Natur der Sache brachte es mit sich, daß diese allgemeine Einleitung der historischen Entwicklung der Koll.G. sich angeschlossen und getrennt die verschiedenen Rechtsgebiete behandelte. Im speziellen Theile werde ich mich dagegen nur noch mit dem jetzigen Rechte beschäftigen, und systematisch alle die speziell im Konkurse der Koll.G. auftretenden Fragen behandeln. Als Eintheilungsgrund dient die systematische Entwicklung eines jeden Konkurses.

## B. Spezieller Theil.

### § 34.

Der Konkurs über die Kollektivgesellschaft wird aus denselben Gründen eröffnet, wie der Konkurs über den Einzelkaufmann, nämlich: 1. auf Antrag der Gläubiger, und zwar

- a) nach erfolglos durchgeführtem Rechtstriebe,
- b) ohne solchen unter Nachweis der Insolvenz,
- c) Nachweis des Austrittes Schulden halber;

2. von Amtes wegen;

3. auf Antrag des Schuldners.

### § 35.

1. Auf Antrag der Gläubiger:

- a) Bei der Durchführung des Rechtstriebes zum Konkurse gegen die Koll.G. ergibt sich keine Abweichung von den gewöhnlichen Regeln.
- b) Wo, wie in der deutschen Konkursordnung (Art. 97) und im italienischen Codice di comm. (art. 687), der Nachweis der Insolvenz des Schuldners genügt, um die Konkursöffnung zu provoziren, dürfte bei der Koll.G., so wie sie in diesen Ländern nun gesetzlich festgestellt ist, der Nachweis der Zahlungseinstellung der Gesellschaft genügen, und nicht etwa auch der Nachweis der Insolvenz der einzelnen Gesellschafter nöthig sein (vgl. D.R.D. Art. 199). In Italien scheint dieß jedoch nicht unzweifelhaft, denn das Gesetz bestimmt, daß der Konkurs der Koll.G. nothwendig den Konkurs aller Gesellschafter nach sich zieht (Codice di comm. art. 847).
- c) Beim Antrage auf Konkursöffnung auf Grund des Nachweises des Austrittes<sup>1)</sup> Schulden halber fragt sich, wer muß ausgetreten sein: Alle

<sup>1)</sup> Unter „Austritt“ ist hier durchaus nicht „Austritt aus dem Gesellschaftsverbande“, sondern „Entfernung vom Geschäftssitze, ohne für Vertretung zu sorgen“, verstanden. Es ist hier ein in der deutschen Schweiz sehr geläufiger, im zürcherischen Konkursgesetze (§ 22 Art. 2) offiziell angewendeter und definirter Ausdruck gewählt worden für einen wohl überall der Sache nach anerkannten Rechtfertigungsgrund des Antrages auf Konkursöffnung. Nach deutschem Reichskonkursrechte wird derselbe unter den Gesichtspunkt der Zahlungseinstellung (Art. 94 Abt. 2) fallen. Vgl. Fitting, das Reichskonkursrecht Seite 279.

Gesellschafter oder nur die geschäftsführenden Gesellschafter, oder genügt es gar, wenn ein solidar haftbarer Gesellschafter ausgetreten ist? Das letztere genügt wohl unzweifelhaft nur zur Eröffnung des Konkurses über diesen Gesellschafter. Dagegen scheint es mir aus der Natur der Sache hervorzugehen, daß in den beiden ersteren Fällen der Konkurs über die Gesellschaft zu eröffnen ist, indem nach Austritt aller Gesellschafter sowohl als auch nur aller geschäftsführenden Gesellschafter die vollständige Analogie mit dem Austritte eines Einzelkaufmanns<sup>1)</sup> hergestellt ist. Es ist dort wie hier Niemand mehr vorhanden, der das zurückgelassene Vermögen zu vertreten hat; und es ist dort wie hier zur Feststellung des Begriffes nöthig, daß die bisherigen Vertreter des betreffenden Vermögenskomplexes diese Vertretung wegen Ueberschuldung aufgegeben haben. Im zweiten Falle ist gegenüber dem ersten insofern ein Unterschied vorhanden, als gewiß den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern gerne sowohl vom Richter als den Gläubigern die Aufhebung des Konkurses gestattet werden wird, sobald sie die Schulden der Gesellschaft decken oder bezahlen.

Irgend eine Lösung dieser Fragen durch irgend eine Gesetzgebung konnte ich ebensowenig finden, wie irgend ein Präjudiz über dieselbe.

### § 36.

2. Die Eröffnung des Konkurses von Amtes wegen durch den kompetenten Richter im Falle, daß ihm in seiner amtlichen Eigenschaft die Zahlungseinstellung des Schuldners bekannt geworden ist, kennt meines Wissens nur der italienische Codice di comm.<sup>2)</sup>, und findet dieselbe auf Handelsgesellschaften unzweifelhaft genau dieselbe Anwendung, wie auf Einzelkaufleute. Es dürfte wohl nicht übel sein, wenn sich die schweizerische Kommission, die mit Erstellung eines Entwurfes für ein eidgenössisches Konkursgesetz beschäftigt ist, mit der Frage der Einführung dieser Konkurs-eröffnungsart beschäftigte.

<sup>1)</sup> Ich spreche hier stets vom Kaufmann, weil ich dabei am meisten auf internationalem Rechtsgebiete bleibe, und ja übrigens auch die Koll.G. fast immer aus Kaufleuten oder nahestehenden Gewerbetreibenden besteht. Uebrigens ist für die Rechtsgebiete, in denen bezüglich des Konkurses kein Unterschied zwischen einem Kaufmann und einem Nicht-Kaufmann gemacht wird, die analoge Ausdehnung alles Gesagten auf letzteren leicht genug.

<sup>2)</sup> Codice di comm. art. 684: „Il fallimento é dichiarato con sentenza pronunciata sulla dichiarazione del fallito, o ada istanza di uno o più creditori, o d'ufficio.“

3. Auf Antrag des Schuldners: Hier treten bei der Koll.G. die praktisch sehr wichtigen und theilweise sehr häufig zur Beantwortung gelangenden Fragen auf:

- a) Genügt die Insolvenzerklärung nur eines Gesellschafters und zwar
  - α) eines nicht geschäftsführenden, oder β) wenigstens eines geschäftsführenden Gesellschafters?
- b) oder haben alle geschäftsführenden Gesellschafter die Insolvenz der Koll.G. zu erklären?
- c) oder soll gar der Insolvenzerklärung nur dann Folge gegeben werden, wenn alle solidarisch haftbaren Gesellschafter die Insolvenz der Koll.G. anzeigen?

Praktisch wichtig sind diese Fragen natürlich aus folgenden Gründen: Wo Pfändung der Aktiven möglich ist, und die Pfändung auch später im Konkurs noch geschügt wird, ist es für die nicht pfändenden Gläubiger sehr wichtig, daß die Möglichkeit der Pfändung möglichst früh durch Eröffnung des Konkurses vereitelt wird. Ein ehrlicher Schuldner wird daher im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer Pfändung durch Insolvenzerklärung zuvorkommen. Im Interesse einer gerechten, gleichmäßigen Vertheilung der Aktiven unter die Gläubiger wird nun gewiß eine solche Intention des Schuldners zu unterstützen sein, und die Möglichkeit einer erfolgreichen Insolvenzerklärung für eine Koll.G., auch ohne vorher die Zustimmung aller Gesellschafter einzuholen, zu gewähren sein. Doch ist dieß eben *de lege ferenda* zu sagen, und ist die Lösung der obigen Fragen *de lege lata* eine schwierige und oft andere. Ausdrückliche dießbezügliche Gesetzesbestimmungen finde ich außer in der D. R. V. nirgends. Es sind daher diese Fragen aus der Natur der Sache beziehungsweise aus der Natur des dem einzelnen Gesellschafter zustehenden Vertretungsrechtes für die Koll.G. zu beantworten. Ein von der Geschäftsführung (Vertretung der Gesellschaft) ausdrücklich ausgeschlossener Gesellschafter hat natürlich so wenig wie irgend eine andere verbindliche Erklärung für die Gesellschaft eine verbindliche Insolvenzerklärung für dieselbe abzugeben, wo ihm nicht durch das Gesetz ausdrücklich ein solches Recht gegeben ist, wie durch die D. R. V. Art. 199. Es fragt sich, ob es *de lege ferenda* zu empfehlen ist, dem von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossenen Gesellschafter ein solches ausnahmsweises Recht zur Abgabe einer so wichtigen Erklärung Namens der Gesellschaft zu geben. Bei nur oberflächlicher Betrachtung dieser Frage wird sie gewiß Jeder mit einem sehr entschiedenen Nein beantworten. Etwas zweifelhafter kann man

werden, wenn man sich klar macht, wozu ein solches Recht benutzt würde, und sich Fälle vorstellt, in denen es zur Anwendung käme. Der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter hat nur dann ein Interesse an der Abgabe der Insolvenzerklärung für die Gesellschaft, wenn die geschäftsführenden Gesellschafter dieselbe durch ungerechtfertigtes Kontrahiren von Schulden oder durch doloses Veräußern und Beiseiteschaffen der Aktiven dem Ruine entgegenführen. Es sind das dieselben Fälle, in denen nach den neueren Gesetzgebungen der betreffende Gesellschafter beim Gerichte den Entzug der Vertretungsbefugniß gegen die dolos handelnden Geschäftsführer beantragen und damit also, freilich wahrscheinlich weniger rasch, dasselbe erreichen kann, wie mit einer Insolvenzerklärung, ohne denselben Grad der Vernichtung des Kredites der Gesellschaft herbei zu führen, wie durch eine Insolvenzerklärung beziehungsweise die darauf folgende Konkurspublikation. Gegen eine schikanöse Anwendung eines solchen Rechtes dürfte die Gesellschaft meist leicht die Wiederaufhebung des Konkurses durch Nachweis der Solvenz erreichen.

Anders macht sich die Lösung der zweiten Frage, ob nämlich einem geschäftsführenden Gesellschafter ohne Zustimmung der anderen das Recht zusteht, die Insolvenz der Gesellschaft zu erklären. Diese Frage möchten wir de lege ferenda unbedenklich bejahen, und ist es sehr wünschenswerth, daß das neue schweizerische Konkursgesetz eine dießbezügliche Bestimmung enthalte. Es wird Niemand bestreiten, daß es im Interesse der Gerechtigkeit wünschenswerth ist, daß nicht das Aktivum einer Gesellschaft durch Pfändungen aufgezehrt werde, und sich demgemäß die avertirten Gläubiger auf Kosten der ferner wohnenden oder der von den Gesellschaftern nicht avertirten decken. Gibt man das zu, so muß man auch das Wünschenswerthe der Bejahung unserer Frage zugeben. Hat nicht schon ein einzelner Gesellschafter das Recht, die Insolvenz der Gesellschaft zu erklären, so kann eben gar zu häufig die rechtzeitige Insolvenzerklärung und Konkursöffnung vereitelt werden, sei es durch Abwesenheit, oder in Folge Krankheit, oder Böswilligkeit eines anderen Gesellschafters. Wird die Insolvenz nicht rechtzeitig erklärt, so wird auch der bessere Gesellschafter durch die Erschwerung eines Akkommodements benachtheiligt, und mit ihm übrigens auch die Gläubiger, welche bei einem Akkommodement stets besser zu fahren pflegen, als bei einem durchgeführten Konkurs. Umgekehrt können wir gar keine Nachteile in Gewährung dieses Rechtes erblicken. Der nicht zustimmende Gesellschafter kann durch Bezahlung oder Sicherstellung der Schulden Aufhebung des Konkurses erreichen. Ist er aber dieß zu thun nicht im Stande, so ist auch kein Grund vorhanden,

ihm gegenüber dem anderen Gesellschafter zur Fortführung des insolventen Geschäftes zu helfen.

Wo übrigens das Gesetz nicht ausdrücklich oder implicite (Codice di comm. art. 684)<sup>1)</sup> jedem geschäftsführenden Gesellschafter dieses Recht gibt, ist es sehr fraglich, ob dieses Recht aus der Natur der Handelsgesellschaft konstruiert werden kann. Eine Insolvenzerklärung ist ein Akt der Vertretung der Gesellschaft. So weit nun nicht ausdrücklich reguliert ist, wie weit die Vertretungsbefugniß des von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossenen Gesellschafters geht, ist dieselbe aus den Grundsätzen über Mandat zu beurtheilen. Nun ist aus diesen wohl nicht zu schließen, daß das Repräsentationsrecht des Mandanten weiter geht, als alle Handlungen für die Gesellschaft vorzunehmen, die zur Geschäftsführung gehören. Abtretung des ganzen Geschäftes und Auflösung der Gesellschaft gehören nicht zur Geschäftsführung, sondern sind ja das Gegentheil derselben. Somit gehört eigentlich auch die Insolvenzerklärung nicht zu derselben, da dieselbe ja die Auflösung der Gesellschaft beabsichtigt und zur Folge hat.

Brinckmann dagegen sagt (a. a. O. § 53 Seite 199 ff.): Auch ein Gesellschafter kann die Insolvenz erklären. Dann ist den anderen die „Rechtszuständigkeit“ vorzubehalten. — Und so entschieden auch mehrfach deutsche Gerichtshöfe (siehe Goldschmidts Zeitschrift).

Auch in Zürich gieng nach einer Mittheilung von Herrn Obergerichter Moritz v. Wyß, ehemaligem langjährigem Bezirksgerichtspräsidenten und somit für diese Frage zuständigem Richter, die konstante Praxis dahin, den Konkurs der Koll.G. auch auf die im Namen derselben abgegebene Insolvenzerklärung auch nur eines Gesellschafters zu eröffnen. Umgekehrt entschied sein Nachfolger im Amte, Bezirksgerichtspräsident Bachmann, im Konkurse Reishauer und Freudweiler. Leider kam dieser Entscheid nicht zur endgültigen Entscheidung des Obergerichtes, sondern wurde der dadurch veranlaßte Streit über ein bis zur Zustimmung des andern Gesellschafters durch gerichtliche Pfändung erlangtes Pfandrecht durch Vergleich erledigt.<sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> Hier steht zwar nichts davon, daß die Vertretungsbefugniß des Geschäftsführers so weit gehe. Aber der Effekt ist derselbe, wie wenn das da stünde, da eben der Richter von Amtes wegen den Konkurs eröffnen kann, wenn er annimmt, daß die Erklärung eines Gesellschafters nicht derjenigen des Schuldners gleichkomme. Dasselbe ist übrigens für das italienische Recht auch bezüglich der Insolvenzerklärung durch einen nicht geschäftsführenden Gesellschafter zu sagen.

<sup>2)</sup> Die ungeweine Häufigkeit von Vergleichen in Konkursstreitigkeiten macht es allein erklärlich, daß in den Präjudizienansammlungen und der Litteratur über eine Reihe der praktisch wichtigsten Fragen des Konkursrechtes so selten Präjudizien zu

Entscheidet man sich aber Mangels einer ausdrücklichen Gesetzes- oder eventuell Vertragsbestimmung dahin, daß die Insolvenzerklärung eines Gesellschafters nicht genüge, so wird man aus den nämlichen Gründen auch dazu gelangen, die vorletzte der von mir aufgestellten Fragen zu verneinen und nur die letzte zu bejahen; d. h.: Kann man aus der Natur des Gesellschaftsvertrages und des darin liegenden Mandatsvertrages nicht zu dem Schlusse kommen, daß ein mit Vertretung der Gesellschaft betrauter Gesellschafter kraft dieser Vertretungsbefugniß das Recht zur Abgabe der Insolvenzerklärung Namens der Gesellschaft habe, so wird man dieses Recht auch nicht sämtlichen geschäftsführenden Gesellschaftern zusammen geben, insofern noch ein nicht geschäftsführender Gesellschafter vorhanden ist.

### Wie viele Konkurse sind zu eröffnen?

#### § 38.

Ist die Koll.G. insolvent, so tritt als wichtigste Frage an uns heran die Frage: Wie viele Konkurse sind zu eröffnen?

Bezeichnet  $n$  die Anzahl der Gesellschafter, so kann es sich fragen, ob bloß 1 Konkurs, nämlich der Konkurs über die Koll.G. als solche, oder ob  $n$  Konkurse oder gar  $n + 1$  Konkurse zu eröffnen sind, oder mit anderen Worten: 1) Ist über die Firma, die Gesellschaft, als solche, ein separater Konkurs durchzuführen, oder 2) sind nur so viele Konkursmassen zu bilden, als Gesellschafter vorhanden sind? Und ferner: 3) ist im Falle der Bejahung der ersteren Frage in Konsequenz der Eröffnung des Firmankurses nothwendig auch über jeden solidarisch haftbaren Gesellschafter der Konkurs zu eröffnen, oder ist 4) vorläufig bloß der Gesellschaftskurs durchzuführen?

#### § 39.

Das römische Recht kennt die Koll.G. und also auch deren Konkurs nicht. Die Societas desselben hat kein Eigenthum, keine Forderungen und keine Schulden; also gibt es auch keinen Konkurs derselben. Und nur mit Unrecht findet man in der actio tributoria sowie insbesondere in l. 5 §§ 15, 16 Dig. de trib. art. 14, 4 ein Analogon dieses Gesellschaftskurses. (Ich verweise auf die bezüglichen Ausführungen in der Einleitung und insbesondere auf Hürlimann.)

finden sind. Im Interesse der Rechtspflege ist dieß natürlich ebenso sehr zu bedauern, wie es im Interesse der vergleichschließenden Parteien liegen mag, den Vergleich dem Urtheil vorzuziehen.

In Italien dagegen finden wir den Konkurs der Gesellschaft als ausdrückliches Gesetz schon im Jahre 1589 in lib. IV Cap. 12 fin.: „Statutorum civilium rei publicæ *Genuensis* nuper reformatorum“ (libri VI)<sup>1)</sup>.

Wie wir schon in der Einleitung gesehen haben, galt, was in Genua ausdrücklich kodifizirtes Recht war, in ganz Italien, und hat das neue italienische Handelsgesetzbuch daran nichts geändert.

Daselbe gilt in Spanien, Portugal (Codigo art. 609), Venezuela, der Türkei und Rußland, und, wie wir ebenfalls in der Einleitung gesehen haben, in Frankreich, wo dießbezüglich keine Gesetzesbestimmung, aber eine seit Jahrhunderten konstante Gerichtspraxis besteht. Pardessus<sup>2)</sup> sagt: „Toutes les dettes qui ont été contractées par la société doivent être acquittées avec les effets qui en composent l'actif, à l'exclusion des créanciers particuliers des associés, puisque la société était un être moral, qui avait son individualité et ses droits distincts de ceux de chacun de ses membres (Rejet 20 mai 1674). La raison s'en fait sentir facilement. Les créanciers particuliers d'un associé ne peuvent prétendre plus de droit qu'il n'en aurait lui-même. . . . Il s'ensuit que la femme d'un associé ne pourrait aussi prétendre d'autres droits que ceux de créancière de son mari. Mais lorsque l'actif de la société étant insuffisant, les créanciers exercent leurs droits sur les biens personnels des associés, ils ne viennent qu'en concurrence avec les créanciers particuliers.“

<sup>1)</sup> Die betreffende Stelle lautet:

„Creditores hujus modi societatum“ (nämlich der Handelsgesellschaften) „sive rationum, sive sint sub nomine unius tantum sive plurium, — in rebus et bonis societatum seu rationum præferantur quibuscumque aliis creditoribus sociorum singulorum, vel proprio vel quovis alio nomine, et in dictis rebus et bonis dicti creditores intelligantur et sint potiores et anteriores tempore, hypotheca et privilegio, dictæque res et bona intelligantur dictis creditoribus hypothecata speciali pignore cum privilegio, ita ut præferantur et præferri debeant dotibus et aliis quibuscumque excepto eo qui rem suam prætenderet, —“

Wenn ich oben von Durchführung eines besonderen Gesellschaftskonkurses spreche, hier aber die Rede von einem Pfandrechte der Gesellschaftsgläubiger an den Sachen der Gesellschaft, sowie einem Vorzugsrechte der Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Privatgläubigern der einzelnen Gesellschafter ist, so brauche ich doch wohl kaum zu bemerken, daß beides ganz auf daselbe herauskommt.

<sup>2)</sup> „Cours de droit commercial par J. M. Pardessus.“ 6. Auflage. Brüssel 1833. II. Seite 207—208 N<sup>o</sup> 1089.

Derfelbe gefonderte Firmakontkurs wird im Geltungsgebiete des englisch-amerikanischen Rechtes, des D. HGB. und des S. Obl. R. durchgeführt, während die Frage in Skandinavien jetzt noch streitig zu sein scheint. Ueber diesen Streit in Skandinavien sowie vor Einführung des D. HGB. in Deutschland und vor Einführung des zürcherischen Obligationenrechtes in Zürich habe ich mich wohl in der Einleitung eingehend genug geäußert, und dürfte hier ein Verweis auf dieselbe genügen.

#### § 40.

Wir sahen, wie sich allgemein die Erkenntniß Bahn gebrochen hat, daß der Kaufmann mit Gründung der Koll.G. ein besonderes Wesen, ein von seinem Privatvermögen getrenntes Wesen schaffen will, ein Wesen mit eigenem Vermögen und eigenen Schulden, ein Wesen, an dem er durchaus nicht zu einer bestimmten Quote einen Antheil hat, sondern bei dem er als Schuldner oder Gläubiger theilhaftig ist; daß man demnach auch im Falle der Insolvenz der Koll.G. einen separaten Konkurs derselben durchzuführen hat, und nicht die Aktiven der Gesellschaft auf die Massen der Gesellschafter zu vertheilen sind; daß eine Vertheilung nach Köpfen eine arge Ungerechtigkeit sein kann, eine Vertheilung nach Antheilen (Quoten) aber unthunlich ist. Mehrfach wurde freilich der Ausschluß der Privatgläubiger der Gesellschafter vom Konkurse der Gesellschaft, d. h. von der Konkurrenz um die Aktiven der Gesellschaft als eine Ungerechtigkeit angefochten, und demgemäß ein Vertheilungsmodus versucht, bei welchem diese Ungerechtigkeit ausgeglichen wird. Wir verweisen diesbezüglich auf den in der Einleitung besprochenen Vorschlag Trümpy's und auf den besser später, im Kapitel über die Zulässigkeit der Forderungen der Gesellschafter an die Gesellschaft im Konkurse der Gesellschaft, zu besprechenden Vorschlag Münzingers. Hier jedoch findet am besten seine Stelle der ebenfalls dahin zielende geistreiche Vorschlag Heuslers.

Professor Dr. Andreas Heusler in Basel polemisirt<sup>1)</sup> eifrig gegen das System des D. HGB. und des schweizerischen Entwurfes.

Entweder sei ein Geschäft oder eine Firma überhaupt vom Privatvermögen abzutrennen, auch diejenige eines Einzelkaufmannes, oder dann gar nicht, auch nicht bei der Gesellschaft. Das System des D. HGB. sei unjuristisch, überdies die von Hahn, der das Unjuristische desselben anerkenne,

<sup>1)</sup> in der Zeitschrift für schweizerisches Recht Band III Basel 1866 Seite 131 bis 245 in einem Aufsatze über den „Entwurf eines schweizerischen Handelsrechtes“.

behaufte ~~Vorbereitung~~ nicht vorhanden. Es sei weniger ungerecht, in den Fällen, in welchen die Quote, mit der der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen theilhaftig ist, nicht zu berechnen sei, willkürlich zu theilen, denn den Gesellschaftsgläubigern das ungerechte Konkursseparationsprivilegium zu geben. Dieses System sei auch ungerecht gegenüber der Frau des Gesellschafters. Denn das System der Gütertrennung schädige das eheliche Leben; bei den Systemen der Gütereinheit und Gütergemeinschaft dagegen sei die Frau schutzlos, wenn ihr kein Privilegium im Konkurse des Ehemannes zustehe.

Heusler macht daher folgenden Vorschlag <sup>1)</sup>:

„Die Eröffnung des Konkurses der Koll.G. bewirkt von Rechts wegen sofort den Konkurs sämtlicher Kollektivgesellschaften.

„Eine gesonderte Gesellschaftsmasse wird nicht gebildet. Die Aktiven der Gesellschaft, soweit sie nicht im Guthaben derselben auf die einzelnen Kollektivgesellschaften (Kontokorrentguthaben oder passiver Bestand der Kapitalkonten der Gesellschafter) bestehen, werden bestmöglich realisiert und das Ergebnis in folgender Weise den einzelnen Massen der Gesellschafter zugeschrieben:

„Den Massen derjenigen Gesellschafter, welchen nach ihrem Geschäftskonto (Kontokorrentkonto und Kapitalkonto zusammengerechnet) zur Zeit des Konkursausbruchs ein Guthaben gegenüber der Gesellschaft verbleibt, wird dieses Guthaben ganz oder, sofern das Ergebnis der Aktiven der Gesellschafter nicht zureicht, nach Verhältnis zugeschrieben.

„Verbleibt nach Zuschreibung dieser Guthaben noch ein Aktivum, so wird dasselbe vermehrt um den Betrag der Guthaben der Gesellschaft gegenüber denjenigen Gesellschaftern, deren Geschäftskonten im Moment des Konkursausbruchs zu Gunsten der Gesellschaft belastet sind, zu gleichen Theilen (nach Köpfen) den einzelnen Konkursmassen zugeschrieben, wobei aber die Massen der Gesellschafter, welche Schuldner der Gesellschafter sind, sich diese Schuld auf ihren Antheil anrechnen lassen müssen <sup>2)</sup>.

„In den so gebildeten Konkursmassen haben die Gesellschaftsgläubiger für ihre Forderungen kein Vorzugsrecht vor den Privatgläubigern des betreffenden Gesellschafters.

<sup>1)</sup> Dieser Vorschlag Heuslers ist dem im Jahre 1877 bei Fent & Reinert in Bern erschienenen Entwurfe (1876er Entwurf) für ein schweizerisches Obligationenrecht als Anmerkung zu den Art. 563—565 beigegeben.

<sup>2)</sup> Hier ist Heusler nicht ganz klar, wie wir im Beispiele sehen werden.

„Jedoch kann die Gesellschaftsschuld in jeder Masse ganz zur Geltung gebracht werden<sup>1)</sup>).

„Ein hierdurch sich etwa ergebender Ueberschuß über die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger wird zunächst denjenigen Massen, welchen ein Guthaben auf die Gesellschaft zustand, nach dem Verhältnisse, in welchem es aus den Gesellschaftsaktiven nicht gedeckt wurde, eventuell den sämtlichen Massen verhältnißmäßig zugeschieden.“

Wir sehen hier eine höchst geistreiche Lösung der Frage, wie die Gesellschaftsaktiven unter die Konkursmassen der einzelnen Gesellschaften unter gerechter Würdigung der Forderungs- oder Schuldverhältnisse der Gesellschaft und Gesellschafter vertheilt werden könne. Wenn man gesehen hat, wie die Gegner eines Gesellschaftskonkurses bezüglich dieser Frage Alle im Finstern tappten, und dagegen Heuslers Lösung betrachtet, so erscheint dieselbe als ein Ei des Kolumbus. Nur über einen Punkt läßt uns Heusler im Unklaren. Und doch ist dieser Punkt von großer Wichtigkeit, und könnte bei Einführung des Systemes Heusler diese Unklarheit in jedem Firmakonkurs Schwierigkeiten bringen. Heusler bilanzirt nämlich, wie wir gesehen haben, ganz gerechterweise die Kapital- und Korrentkonti der Gesellschafter in den Büchern der Gesellschaft auf den Tag des Konkursausbruches. Er schweigt aber über folgende hier uns auftauchende Zweifel:

- 1) Sollen die Bücher der Gesellschaft unbedingt für Berechnung der Guthaben oder Schulden der Gesellschafter an die Gesellschaft maßgebend sein?
- 2) Oder sind Lücken oder Unrichtigkeiten der Bücher zu ergänzen, beziehungsweise zu berichtigen?
- 3) Oder ist gar, auf den Tag des Konkursausbruches datirt, eine vollständige, alles berücksichtigende Bilanz der Gesellschaft aufzustellen, und sind gemäß derselben mit Berücksichtigung der vertragmäßigen Betheiligung der Gesellschafter bei Gewinn und Verlust, ferner mit Berücksichtigung der Schadenersatz- und anderer Ansprüche der Gesellschaft an die Gesellschafter, und insbesondere schließlich mit Berücksichtigung der durch unzeitige Liquidation der Gesellschaftsaktiven im Konkurse entstehenden Verluste die Konti der Gesellschafter in den Büchern der Gesellschaft vor Bilanzirung derselben zu ergänzen und zu vervollständigen? <sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> Dieser Satz, insbesondere der Ausdruck Gesellschaftsschuld, ist leicht mißzuverstehen. Heusler meint wohl damit: es können die Gesellschaftsgläubiger ihre Forderungen in dem Konkurse eines jeden Gesellschafters ganz anmelden, und in jedem Gesellschafterkonkurse in der Klasse der laufenden Gläubiger mit ihrer ganzen Forderung konkurriren.

<sup>2)</sup> Ich könnte diese Frage natürlich wieder in ein halbes Duzend verschiedener Fragen zerpalten. Die verschiedene Lösung der verschiedenen Unterfragen gäbe natürlich

Die erste Frage dürfte bei Anwendung des Systemes Heusler in gerechter Würdigung seines Gedankenganges wohl trotzdem zu verneinen sein, daß Heusler uns auf die zweite und dritte Frage ohne Antwort läßt. Eine vollständige Bejahung der dritten Frage schiene mir das Konsequenteste. Jedoch würde man ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung wohl nie so weit gehen, die durch den Konkurs erst entstehenden Verluste und Forderungen der Gesellschaft an die Gesellschafter zu berücksichtigen, oder auch nur eine Bilanz auf Grundlage des Standes der Gesellschaft am Tage des Konkursausbruches mit folgender Verlustvertheilung vorzunehmen. Es wäre wirklich sehr schwierig, zu entscheiden, wie weit die Unvollständigheiten und Unrichtigkeiten der Bücher zu ergänzen wären. Wir werden wieder auf diese Schwierigkeiten stoßen, nämlich bei Besprechung der Berücksichtigung der Forderungen der Gesellschafter an die Gesellschaft und des Systemes Münzinger.

Ein Beispiel dürfte schließlich am besten geeignet sein, das System Heusler klar zu machen.

Nehmen wir an, die Gesellschaft A, B & C<sup>e</sup> bestehe aus den Gesellschaftern A, B und C. Am Tage des Konkursausbruches finden wir in den Büchern der Gesellschaft, daß sie (nach letzter Taxirung) Fr. 100,000 Aktiven, auf welchen bei der Liquidation die Hälfte verloren geht, und Fr. 250,000 Passiven hat, außerdem laut letzter Buchung der Gesellschafter A auf Kapitalkonto Fr. 50,000 zu gut habe, auf Kontokorrent dagegen Fr. 100,000, B auf Kapitalkonto Fr. 40,000 zu gut habe und auf Korrentkonto Fr. 140,000 schulde, C auf Kapitalkonto Fr. 20,000 zu gut habe und auf Korrent Fr. 10,000 schulde; nehmen wir ferner an, daß A eine Frau mit Fr. 100,000 privilegirter Weibergutsforderung und außerdem Fr. 50,000 Vermögen und Fr. 20,000 Privatschulden habe, also, falls die Gesellschaft aufrecht stünde, ein hablicher Mann wäre; B dagegen keine Aktiven und Fr. 20,000 Schulden habe, und C eine Frau mit Fr. 20,000 privilegирtem Weibergut und außerdem Fr. 10,000 Aktiven und Fr. 10,000 Passiven habe; nehmen wir schließlich an, daß laut Gesellschaftsvertrag A mit der Hälfte, B einem Drittel und C einem Sechstel am Gewinn theilhaftig sei, ohne daß für den Verlustfall etwas verabredet wäre; — dann ergäbe sich folgendes Bild der Bilanz der Gesellschaft und der Konkurse der Gesellschafter:

ja auch ein verschiedenes praktisches Resultat. Jedoch würde mich diese Trennung zu weit führen, und ist ja auch dieselbe unpraktisch, da ja vorläufig das System Heusler weder irgendwo zur Anwendung kommt, noch auch Aussicht hat, bald irgendwo eingeführt zu werden.

www.littools.com (a und b). Status der Gesellschaft am Tage des Konkursausbruches ohne Berücksichtigung des später in der Liquidation sich ergebenden Verlustes von Fr. 50,000:

Aktiva: Fr. 100,000 laut Taxation.  
 „ 100,000 Guthaben an B nach Bilanzierung seiner Konti.

Summa: Fr. 200,000

Passiva: Fr. 250,000 Gesellschaftsgläubiger abgesehen von den Gesellschaftern.  
 „ 150,000 Schuld an A nach Bilanzierung seiner Konti.  
 „ 10,000 Schuld an C nach Bilanzierung seiner Konti.

Summa: Fr. 410,000, also Fr. 210,000 Defizit, oder nach Vertheilung desselben gemäß der Betheiligung am Gewinn:

Aktiva: Fr. 100,000 laut Taxation der Wechsel, Waaren, Guthaben zc.  
 „ 100,000 Guthaben an B, wie oben.  
 „ 70,000 „ „ B, sein  $\frac{1}{3}$  Verlustbetheiligung.  
 „ 25,000 Guthaben an C, nämlich sein  $\frac{1}{6}$  am Verlust, und davon abgezogen sein Guthaben von Fr. 10,000.

Summa: Fr. 295,000.

Passiva: Fr. 250,000 Gesellschaftsgläubiger, wie oben.  
 „ 45,000 Guthaben des A nach Abzug seiner Betheiligung am Verlust mit  $\frac{1}{2}$  oder Fr. 105,000.

Summa: Fr. 295,000 = den Aktiven.

- a. Nehmen wir nun an, es sei Heuslers Meinung, daß der Stand der Kapital- und Korrentkonti der Gesellschafter, abgesehen von der Betheiligung am Verluste berechnet auf den Tag des Konkursausbruches, zu berücksichtigen sei, so ergäbe sich folgendes Resultat der 3 Konturje der Gesellschafter A, B und C:

## II a. Konkurs A:

|          |                     |                                                       |
|----------|---------------------|-------------------------------------------------------|
| Aktiva:  | Fr. 50,000          | Privatvermögen.                                       |
|          | " 150,000           | Guthaben an die Gesellschaft A, B & C <sup>te</sup> . |
| Summa:   | <u>Fr. 200,000.</u> |                                                       |
| Passiva: | Fr. 100,000         | privilegirte Weibergutsforderung.                     |
|          | " 20,000            | Privatschulden.                                       |
|          | " 250,000           | Gesellschaftsgläubiger.                               |
| Summa:   | <u>Fr. 370,000</u>  |                                                       |

oder nach Restifikation:

|         |                    |                                                                                                                                        |
|---------|--------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Aktiva: | Fr. 50,000         | Privataktiven.                                                                                                                         |
|         | " 46,875,          | sein Antheil an dem Nettoergebnis der<br>Firmaaktiven (Fr. 50,000 zu ver-<br>theilen im Verhältnisse v. Fr. 150,000<br>zu Fr. 10,000). |
| Summa:  | <u>Fr. 96,875.</u> | Diese fallen der Frau A zu, und die<br>Gesellschaftsgläubiger sowohl als seine<br>Privatgläubiger gehen leer aus.                      |

## III a. Konkurs B:

|          |                                         |
|----------|-----------------------------------------|
| Aktiva:  | Keine unverpfändeten.                   |
| Passiva: | Fr. 100,000 Schuld an die Gesellschaft. |
|          | " 200,000 Privatschulden.               |
|          | " 250,000 Gesellschaftsgläubiger.       |
| Summa:   | <u>Fr. 550,000.</u>                     |
|          | Die Gläubiger erhalten nichts.          |

## IV a. Konkurs C:

|          |                     |                                                                               |
|----------|---------------------|-------------------------------------------------------------------------------|
| Aktiva:  | Fr. 10,000          | Privataktiven.                                                                |
|          | " 3,125             | erhält seine Konkursmasse vom Netto-<br>erlös der Gesellschaftsaktiven.       |
| Summa:   | <u>Fr. 13,125.</u>  |                                                                               |
| Passiva: | Fr. 20,000          | privilegirtes Weibergut.                                                      |
|          | " 10,000            | Privatschulden.                                                               |
|          | " 250,000           | Gesellschaftsgläubiger.                                                       |
| Summa:   | <u>Fr. 280,000.</u> | Die Frau erhält also die Fr. 13,125<br>Aktiven, die übrigen Gläubiger nichts. |

h. Nehmen wir dagegen an, es sei Heuslers Meinung die, daß die [www.libtoolfree.com](http://www.libtoolfree.com) Tag des Konkursausbruches sich ergebenden Verluste vorerst zu vertheilen seien, auf einen sich bei Liquidation der Aktiven ergebenden Verlust dagegen keine Rücksicht zu nehmen, so ergibt sich:

II b. Konkurs A: Fr. 50,000 Privatvermögen; dazu  
 „ 45,000, sein Guthaben an die Gesellschaft, welches  
 er von deren Activum voraus erhält,  
 und höchstens „ 5,000 Antheil <sup>1)</sup> am Reste der Aktiven der Ge-  
 sellschaft, welche die Masse A wohl  
 für ihr  $\frac{1}{3}$  Antheil an den zu ver-  
 theilenden Fr. 200,000 <sup>2)</sup> Firma-  
 aktiven erhält.

Summa höchstens Fr. 100,000, welche die Frau erhält. Die Gläubiger gehen leer aus.

### III b. Konkurs B:

Die Gläubiger gehen wie zuvor leer aus, da die Fr. 66,667, welche an die Masse B fallen, nur in Guthaben auf sie selbst bestehen.

### IV b. Konkurs C:

Die Masse C erhält nach Vorschrift Heuslers von den Fr. 200,000 Aktiven der Gesellschaft Fr. 66,667, hat sich aber ihre Schuld mit Fr. 25,000 anrechnen zu lassen, sollte demnach Fr. 41,667 erhalten. Diese bestehen aber zusammen mit den von A zu erhaltenden Fr. 66,666 aus Fr. 103,333 Guthaben an B und aus Fr. 5000 in Geld. Wie diese Fr. 5000 zu vertheilen sind, ob sie ganz an A fallen, oder an A und C zu gleichen Theilen, oder an A und B im Verhältnisse von Fr. 66,666 zu Fr. 41,667 — sagt uns Heusler nicht. Mögen nun Fr. 2500 oder Fr. 2000 oder möge gar nichts auf die Masse C fallen, so erhält jedenfalls Frau C alle Aktiven aus dem Konkurse C, und die übrigen Gläubiger gehen leer aus.

<sup>1)</sup> Vide Konkurs C.

<sup>2)</sup> Vide I. Die Aktiven der Gesellschaft betragen dort Fr. 295,000. Davon fallen aber Fr. 50,000 weg als Verlust bei der Liquidation der Waaren, Wechsel, Guthaben zc., und Fr. 45,000 erhält die Masse A zum Voraus. Es bleiben also Fr. 200,000 zur Vertheilung auf die 3 Massen nach Köpfen, wie Heusler vorschreibt, und unter Anrechnung der Schuld jedes Gesellschafters an die Gesellschaft.

[www.libtool.com.cn](http://www.libtool.com.cn)

c. Nehmen wir schließlich an, es gehe die Meinung Heuslers dahin, daß die Guthaben der Gesellschafter an die Gesellschaft zu berechnen seien, nach Berücksichtigung und Vertheilung aller Verluste bei der Liquidation der Gesellschaftsaktiven, dann macht sich das Bild der Konkurse folgendermaßen:

I. c. Bilanz der Firma A, B & C<sup>1)</sup>:

|         |                    |                                                                                                               |
|---------|--------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Aktiva: | Fr. 50,000         | Erlös aus den Waaren, Wechseln u.                                                                             |
|         | „ 100,000          | Guthaben an B laut Büchern der Gesellschaft.                                                                  |
|         | „ 86,700           | Guthaben an B, sein $\frac{1}{3}$ Verlustantheil.                                                             |
|         | „ 33,300           | Guthaben an C, sein $\frac{1}{6}$ Verlustantheil, abzüglich seines Guthabens von Fr. 10,000 laut den Büchern. |
|         | <u>Fr. 270,000</u> | Summe der Aktiven.                                                                                            |

|          |                    |                                                                                                                                                                         |
|----------|--------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Passiva: | Fr. 250,000        | Gesellschaftsgläubiger.                                                                                                                                                 |
|          | „ 20,000           | Guthaben des Gesellschafters A nach Abzug seines $\frac{1}{2}$ Verlustanteils an dem Fr. 260,000 betragenden Verluste von seinem Guthaben von Fr. 150,000 laut Büchern. |
|          | <u>Fr. 270,000</u> | Summe der Passiven.                                                                                                                                                     |

Von dem Erlös der Aktiven im Betrage von Fr. 50,000 erhält also vorerst die Masse A das Guthaben des A von Fr. 20,000 herausbezahlt. Die übrigen Fr. 30,000 und Fr. 22,000 Guthaben an die Gesellschafter B und C sind je zu  $\frac{1}{3}$  unter die Massen A, B und C zu vertheilen. Es erhält also B Fr. 73,400, und bleibt daher Fr. 113,000 schuldig. A erhält Fr. 73,300, wovon höchstens Fr. 30,000 und wohl mindestens Fr. 15,000 in Geld, die übrigen Fr. 43,300—58,300 in einer werthlosen Forderung auf B.<sup>1)</sup> C erhält demnach ebenfalls Fr. 73,300, wovon Fr. 33,300 in einem Guthaben auf ihn selbst, und den Rest von

<sup>1)</sup> Hier ist der Ort, auf eine dritte Lücke im System Heusler aufmerksam zu machen. Er verräth uns nämlich nicht, ob diese Guthaben auf die anderen Gesellschafter in deren Konkursmassen anzumelden seien oder nicht. Möglich und durchführbar ist hier die Anmeldung im Gegensatz zur Undurchführbarkeit der Regresse der einzelnen Massen unter einander nach dem System Treitshke.

www.fr.10,000.stof.in  
 Fr. 40,000. bloß in einem werthlosen Guthaben auf B oder eventuell bis zu einem Betrage von höchstens Fr. 15,000 in Geld und mindestens Fr. 25,000 in einem Guthaben auf B. Hier wäre es nun aber von besonderer Wichtigkeit, zu wissen, wie viel von diesen Fr. 30,000 in Geld die Masse A und wie viel die Masse C erhält. Erhält letztere mehr als Fr. 10,000, so käme das Mehr über Fr. 10,000 zur Vertheilung unter die Privatgläubiger C und die Firmagläubiger. Vgl. die Konkurse IV a und IV b. NB. Ich hatte früher die Intention, Beispiele zu allen den diversen Vertheilungssystemen zu publiziren, und zwar je mit den extremen und mittleren Probabilitäten. Auch habe ich solche in Tabellenform mit vieler Mühe und großem Zeitopfer ausgearbeitet. Ich glaube aber, die Ausführung dieses einzigen Beispielles, ausgeführt nach dem einzigen Systeme Heusler, lehrt genügend, wie weitläufig und zeitraubend auch ein bloß oberflächliches Studium dieser Tabellen mit 5 verschiedenen Beispielen wäre. Ich habe es daher unterlassen, dieselben zu publiziren, und führe ich nur noch an, daß bei bloß 5 Beispielen mit je 4 Varianten bezüglich der Betheiligung an Gewinn und Verlust und Durchführung dieser Beispiele und Varianten auf alle Systeme, überdieß nur auf je eine Variante der Systeme Heusler und Treitschke, meine Tabellen 1516 Vertheilungspläne enthalten. Der Leser wird mir daher dafür dankbar sein, daß ich diese Tabellen nicht publizire.

#### § 41.

Verlassen wir nun das zwar schöne, aber schwierige und nicht ganz klar ausgeführte System Heusler. Wir haben gefunden, daß fast überall im Falle der Insolvenz der Koll.G. nicht etwa gerade so viele Konkurse zu eröffnen sind, wie es Gesellschafter gibt, sondern ein Extrafirmakonkurs zu eröffnen ist, daß uns daher die Frage zu diskutieren übrig bleibt: Ist der Konkurs über die Gesellschafter die nothwendige unmittelbare Folge des Gesellschaftskonkurses oder nicht?

Heusler sagt (a. a. D.): es sei ein Unrecht, einen Gesellschafter nicht unmittelbar in Konkurs gerathen zu lassen, wenn die Gesellschaft in Konkurs gekommen ist, so daß er noch Zeit hat, einzelne Gläubiger zu begünstigen, sein Vermögen durchzubringen u. Es ist ein Unrecht, den Gesellschaftern die Liquidation ihres Geschäftes abzunehmen und sie als aufrechtstehende Männer neben dem falliten Geschäft, wenn in der Regel auch nur für kurze Zeit, die aber desto eifriger in fraudem creditorum benutzt wird, hergehen zu lassen, oder etwa einem persönlich zahlungsfähigen Gesellschafter, der noch dazu vielleicht durch seine gewagten

Spekulationen die Handlung an den Rand des Abgrundes gebracht hat, und nun plötzlich sich der ganzen Sache ent schlagen will, die Waffen in die Hand zu geben, um seine Gesellschafter, denen er zu allererst Treue bis ins Kleinste und Mittragen des gemeinsamen Unglückes schuldig ist, in die größten Bedrängnisse gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und den nun auch erbarmungslos auf sie einstürmenden Privatgläubigern zu bringen, sich selbst aber ruhig hinter den Konkurs der Gesellschaft zu verschanzen, anstatt bona fide das Geschäft möglichst gut zu liquidiren oder das Schicksal seiner Genossen zu theilen.

Wir scheinen alle diese Einwürfe unstichhaltig. Da ein Gesellschafter nicht mehr in die Gesellschaft einzuwerfen verpflichtet ist, als ihn der Gesellschaftsvertrag einzuwerfen verpflichtet, kann es leicht vorkommen, daß eine Gesellschaft in Konkurs kommt, ohne daß alle Gesellschafter insolvent sind, um so mehr, als es für den aufrechten Gesellschafter kein rascher wirkendes Mittel gibt, sich von der Gefahr zu befreien, durch seine Gesellschafter in immer tiefere Schulden gestürzt zu werden, als den Konkurs der Gesellschaft. Mit dem Konkurse erlischt sofort ihr Recht, Schulden für die Gesellschaft zu kontrahiren. Mit Unrecht nimmt aber Heusler an, daß der zahlungsfähige Gesellschafter sich hinter den Konkurs der Gesellschaft verschanzen könne, die anderen aber bedrängt werden. Der Zahlungsfähigste wird gewiß immer am meisten von den Gesellschaftsgläubigern bedrängt werden, da jeder Gläubiger, der mehrere Schuldner hat, den besten unter ihnen zuerst angreift. Schwerlich wird auch der von Heusler angeführte Fall vorkommen, daß der zahlungsfähige Gesellschafter am Unglücke der Gesellschaft schuld ist. Ein zahlungsfähiger Mensch ist stets vorsichtiger, denn ein insolventer. Die ärmeren Gesellschafter, die stärker verschuldeten, werden gewiß auch stets in Spekulationen die kühneren sein, da sie dabei nur zu gewinnen, nicht zu verlieren haben. Das ist menschlich und natürlich, die Annahme Heuslers allzu künstlich und unnatürlich.

Gegen die in fraudem creditorum zu begehenden Handlungen gibt es schließlich bei einem Gesellschafter einer Koll.G. so gut, wie bei anderen Schuldnern, die Mittel des Arrestes und der actio Paulliana, ersteres, sie zu verhüten, letzteres sie, wenn begangen, unschädlich zu machen.

Wir scheint es daher bei der völligen Trennung der Gesellschaft von dem Vermögen der Gesellschafter, wie sie stets von den eine Gesellschaft gründenden Kaufleuten gewollt, durch die neueren Gesetzgebungen nun aber auch allgemein sanktionirt worden, ganz gerechtfertigt, den Konkurs der Gesellschafter nicht unter allen Umständen die nothwendige Folge des Konkurses der Gesellschaft sein zu lassen. Und wo man jedem Gesellschafter

das Recht gibt, für die Gesellschaft die Insolvenz zu erklären, scheint es mir um so mehr gerechtfertigt, nicht unmittelbar auch über jeden Gesellschafter den Konkurs zu eröffnen. Vgl. dazu Hahn's Kommentar §§ 12—17 zu Art. 122 des D. HGB.

#### § 42.

Es scheint, daß ein Konkurs der Koll.G. ohne gleichzeitigen Konkurs aller Gesellschafter im französischen<sup>1)</sup> und englischen Rechte nicht vorkommt. Das neue italienische Gesetz erklärt ausdrücklich im Art. 847 die Eröffnung des Konkurses über jeden Gesellschafter als die unmittelbare Konsequenz des Konkurses über die Gesellschaft. So wurde es wohl auch im jetzigen Geltungsbezirke des D. HGB. vor Einführung desselben gehalten. Brinckmann sagt a. a. O. § 53, der Konkurs aller Gesellschafter sei die unmittelbare Folge des Konkurses der Gesellschaft. Nur einem ausländischen Gesellschafter sei vor Eröffnung seines Konkurses Zeit und Gelegenheit zu geben, sich zu wehren. Brinckmann erwähnt nichts von Kontroversität der Frage.

#### § 43.

Anders im D. HGB. Unsere Frage ist hier offen gelassen, und im Sinne des Gesetzes liegt es keinesfalls, daß dieselbe bejaht werden müsse. Folgende Einföhrungsgesetze zum D. HGB. erklären aber die Konkursöffnung über die Gesellschafter als die nothwendige unmittelbare Folge des Konkurses der Gesellschaft: das für Preußen in § 36, Schleswig-Holstein in § 35, Oesterreich in § 30, Sachsen in § 11, Braunschweig in § 39, Hessen-Darmstadt in § 20, Bremen in § 19, Anhalt-Deßau in § 17, Sachsen-Weimar in § 17, Sachsen-Koburg in § 15, Sachsen-Gotha in § 17, Sachsen-Meiningen in § 17, Sachsen-Altenburg in § 18, Schwarzburg-Sondershausen in § 18, Schwarzburg-Rudolstadt in § 17, Reuß ä. L. in § 17, Reuß j. L. in § 17. Umgekehrt bestimmt im bayrischen Einföhrungsgesetze Art. 44, daß der Konkurs der Gesellschafter nur auf besonderes Verlangen freilich auch nur eines Gläubigers zu eröffnen sei, und daß dabei vom Nachweise der Insuffizienz abzusehen sei. (Vgl. Lutz's Kommentar zum bayrischen Einföhrungsgesetze zum D. HGB.). Württemberg hinwieder erläßt vorerst ein Vermögensveräußerungsverbot an die Gesell-

<sup>1)</sup> Pardessus a. a. O. No. 976 verneint unsere Frage, bringt aber keine Präjudizien.

schafter, und läßt die Konkursöffnung über dieselben von einer Vermögensuntersuchung abhängen.

Die deutsche Konkursordnung, in Kraft getreten am 1. Oktober 1879, ändert daran nichts. Vgl. die Motive Seite 450—451. Bei den Kommentatoren derselben finde ich nichts Zitirenswerthes.

#### § 44.

In der Schweiz finde ich vor Einführung des neuen Obligationenrechtes keine Lösungen unserer Frage. Die zürcherischen Gesetze speziell lassen dieselbe offen, und Bluntschli spricht sich in seinem Commentare zum zürcherischen Obligationenrechte (zu den §§ 1305 und 1306) für Verneinung der Frage aus. In der Praxis scheint dagegen stets skrupellos unmittelbar mit dem Konkurs über die Gesellschaft auch der Konkurs über die Gesellschafter eröffnet worden zu sein.

Das neue Obligationenrecht sagt dagegen ausdrücklich in Art. 573: „Die Eröffnung des Konkurses der Gesellschaft hat den Konkurs der einzelnen Gesellschafter nicht ohne Weiteres zur Folge.“

#### § 45.

Bezüglich der Publikation des Konkurses, der durch Eröffnung desselben bewirkten Aufhebung von Rechtsgeschäften (Miethen, Pacht, Differenzgeschäften, Bestellungen, Mandaten) und Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften, des Ausschlusses von Kompensationen, der zu treffenden Sicherheitsmaßregeln, der Verwaltung und Liquidation der Masse u. s. w. bietet der Konkurs der Koll.G. nichts vom Konkurs über einen Einzelkaufmann Abweichendes dar.

#### § 46.

Was gehört zur Aktivmasse im Gesellschaftskonkurs? Zur Aktivmasse in jedem Konkurs gehören die Dinge, an denen dem Konkursiten zur Zeit des Konkursausbruches Eigenthum zustand, sowie seine anderen Sachenrechte, und überdies alle diejenigen veräußerten Sachen, die mit der actio Pauliana wieder zur Masse gezogen werden können; ferner alle seine Forderungen. Wo nun nicht ausdrückliche Gesetzesbestimmungen im Wege stehen, oder sich sonst gewisse Unzukömmlichkeiten zeigen, sind zweifellos dieselben Grundsätze auch auf den Konkurs der Gesellschaft anzuwenden. Mit den Privataktiven der Gesellschafter hat dieser Separatkonkurs natürlich nichts zu thun.

Bei Aufnahme der Guthaben der Gesellschaft in den Status derselben begegnen wir aber einer Schwierigkeit, die ausdrücklicher Erwähnung

in den Gesetzen verdiente. An und für sich sollte man wohl annehmen, daß zu den aufzunehmenden Aktiven alle Guthaben der Gesellschaft, also auch diejenigen, welche ihr an die Gesellschafter zustehen, gehören sollten. Letzteres ist aber unthunlich. Letztere sind nicht aufzunehmen, und werden gewiß nie aufgenommen; denn man kann nie wissen, was sie ergeben würden. Es ist stets der Firmankurs vor dem Konkurs der Gesellschafter zu erledigen — warum? werden wir an einem anderen Orte sehen —, und kann man daher nie die Forderungen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter realisiren.

#### § 47.

Wer ist als Gläubiger der Gesellschaft in den Passivetät derselben aufzunehmen?

Gläubiger der Gesellschaft ist nur, wer mit der Gesellschaft als solcher kontrahirt hat, nicht, wer mit dem einzelnen Gesellschafter kontrahirte, insofern dieser nicht die Firma zeichnete, nicht im Namen der Firma kontrahirte, und Gläubiger der Gesellschaft ist nicht die Ehefrau des einzelnen Gesellschafters für ihre Weibergutsforderung, mag sie nun beweisen oder nicht, daß ihr Zugebrachtes von ihrem Ehemanne in die Firma gebracht worden sei. Nur wenn sie, wie ein anderer Firmagläubiger ausdrücklich mit der Firma kontrahirt hat, hat sie eine Forderung an die Firma, aber selbstverständlich in diesem Falle kein Weibergutsprivileg, da die Firma ja nicht ihr Ehemann ist, und der Firmankurs nicht ihres Ehemannes Konkurs ist. Ebenso geht es anderen Gläubigern des Gesellschafters mit Privilegien an seinem Vermögen.

Dießbezüglich besteht kein Zweifel, und ist eine Kontroverse unmöglich.<sup>1)</sup>

Eine andere und sehr kontroverse Frage ist dagegen die, 1) ob der Gesellschafter Gläubiger der Firma ist, beziehungsweise 2) ob er, 3) oder die in seinem Konkurs in seine Rechte eintretenden Gläubiger, 4) oder sein Zessionar im Konkurs der Gesellschaft eine Forderung geltend machen kann, und eventuell welche? 5) sämtliche Forderungen oder 6) nur seine Forderungen ausschließlich seiner Einlage?

Wo immer die Koll.G. als ein besonderes Wesen mit Eigenthum *rc.* behandelt worden ist, konnte auch kein Zweifel bestehen, daß der Gesellschafter ihr Gläubiger sein konnte, und wenn man die Koll.G. näher an-

<sup>1)</sup> Das S. Obl. R. erklärt dieß zum Ueberfluß noch ausdrücklich in den Art. 569 und 570.

sieht, so wird man finden, daß fast ausnahmslos jeder Gesellschafter entweder Gläubiger oder Schuldner der Gesellschaft ist. An sich sollte man es nun für selbstverständlich halten, daß er oder in seinem Konkurs seine Gläubiger oder ein allfälliger Zessionar diese Forderung im Konkurse der Gesellschaft in dem Umfange geltend machen könnte, in welchem er sie bei Auflösung und Liquidation der Gesellschaft aus irgend einem anderen Grunde geltend machen konnte. Und da der Gesellschaftskonkurs regelmäßig vor dem Konkurs der Gesellschafter zu erledigen ist, stünde der Ausführbarkeit der Geltendmachung dieser Forderung nichts im Wege. Trotzdem wird nirgends dieses Recht des Gesellschafters beziehungsweise seiner Masse in vollem Umfange anerkannt, und werden nicht nur nach dem Sage „Nemo plus juris in alterum transferre potest“ x. die Privatgläubiger des Gesellschafters von der Betheiligung am Gesellschaftskonkurs mit ihren eigenen Forderungen ausgeschlossen, sondern sie werden auch ohne irgend einen dieß begründenden Rechtsatz nicht einmal mit der vollen Forderung des Gesellschafters, ihres Schuldners, zugelassen. Man trat einer solchen Betheiligung stets mit dem Sage entgegen, es sei die Einlage des Gesellschafters dazu bestimmt, die Gesellschaftsschulden zu bezahlen, und es sei für diese der Gesellschafter nur ein odiose privilegirter Gläubiger. Wichtig ist ja auch, daß regelmäßig während des Bestehens der Gesellschaft der Gesellschafter keine klagbare Forderung bezüglich seiner Einlage hat, sondern nur bezüglich irgend welcher anderweitig ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Forderungen. Bei Liquidation der Gesellschaft hört dagegen dieser Unterschied auf, wo nicht Gesetz oder Vertrag ausdrücklich anders bestimmen. Denn für das Bestehen der Gesellschaft liegt die dahingehende Bestimmung schon in Bezeichnung einer Leistung eines Gesellschafters als Einlage, was aber natürlicherweise mit dem Aufhören der Gesellschaft aufhört.

In den Büchern der Koll.G. wird regelmäßig jeder Gesellschafter (auf Kapitalkonto) für seine Einlage kreditirt, d. h. als Gläubiger im betreffenden Betrage notirt. Ebenso wird er (auf Kapitalkonto oder in Kontokorrente) für die Zinsen von seiner Einlage und seinem Gewinnantheil, und schließlich (dieß regelmäßig in Kontokorrente) für alle seine Zahlungen an die Gesellschaft oder für die Gesellschaft, Zinsen und was immer für Forderungen an die Gesellschaft ihm zustehen mögen, kreditirt, und alle Bezüge oder was immer für Forderungen der Gesellschaft an ihn zustehen mögen, debitirt. Die Verlustbetheiligung wird, wohl meist auf Kapitalkonto, unter Umständen auch auf Kontokorrente debitirt. Uebrigens ist es nur gewöhnlich, hingegen durchaus nicht wesentlich und nothwendig, in den Büchern der Gesellschaft für jeden Gesellschafter ein getrenntes Kapital- und Korrentkonto

zu führen. Eines genügt, und kann unzweifelhaft ein geschäftsführender Gesellschafter, wenn der Gesellschaftsvertrag ihm das nicht verbietet, willfürlich beide Konti in Eines vereinigen, oder Ueberträge von dem einen auf das andere machen. Abgesehen vom Konkurse und den eigenthümlichen Unterschieden, die die Gesetzgebungen (in Frankreich die Praxis) zwischen Behandlung der beiden Konti macht, ist ein solches Uebertragen oder Vereinigen ohne praktischen Erfolg, wiederum abgesehen von dem Falle, in welchem der Gesellschaftsvertrag solches ausdrücklich oder implicite verbietet, letzteres z. B., indem ein verschiedener Zinsfuß für die beiden Konti vorgegeschrieben ist oder dergleichen, oder indem ein Theil der Leistungen des Gesellschafters als „Einlage“, also als illiquide Forderung, ein anderer als „Darlehen“ bezeichnet wäre.

Ich will hier nur noch erwähnen, daß, wenn man die Forderung der Gesellschafter beziehungsweise ihrer Massen im Konkurse der Koll.G. zuläßt, unabhängig, ob aus der Einlage oder aus anderen Guthaben bestehend, hier wieder die beim System Heuslers besprochenen Fragen auftauchen, ob nämlich hier einfach die Bücher der Gesellschaft die Höhe der Forderungen bestimmen sollen, oder ob zuerst eine Gewinn- und Verlustrechnung (in Wirklichkeit natürlich stets eine Verlustrechnung) gemacht und nach vertragsmäßiger Vertheilung der Verluste die allfällig noch bleibenden Guthaben der Gesellschaft berechnet werden sollen. Mir scheint es billig und gerecht, daß diese Berechnung erst anzustellen sei, und dann aber auch, unabhängig von der Unterscheidung zwischen Kapital- und Korrentkonto, dem Gesellschafter beziehungsweise seiner Masse das Recht zur Betheiligung im Gesellschaftskonkurse zu geben sei. Er beziehungsweise seine Masse übt dann aber nach Münzingers Ausführung (vgl. seinen Kommentar zu seinem Entwurfe für ein schweizerisches Handelsgesetzbuch) nichts weniger und nichts mehr von Recht aus, als ihm oder seiner Masse gegenüber der aus irgend einem anderen Grunde aufgelösten Gesellschaft zustünde<sup>1)</sup>. Selten genug

<sup>1)</sup> Es entgeht mir nicht, daß man nicht ohne gute Gründe entgegengesetzt kann: Weil die Gläubiger eines Gesellschafters nicht besseren Rechtes sein können, als er selbst ist, so können sie auch im Konkurse der Gesellschaft ohne besondere Gesetzesbestimmung keine Rechte geltend machen, wie der Gesellschafter, welcher Gläubiger der Gesellschaft ist, von den Gesellschaftsaktiven auch nichts erhalten hätte, wenn die Gesellschaft aus einem anderen Grunde liquidirt worden wäre, und sich bei dieser Liquidation die Insuffizienz ihrer Aktiven für Bezahlung ihrer dritten Gläubiger herausgestellt hätte. Vielmehr hätte in diesem Falle der betreffende Gesellschafter eben seine Forderung gegen die Gesellschaft nicht geltend machen können, bevor die dritten Gesellschafts-

wird freilich bei dieser Berechnungsart der Forderungen eines Gesellschafters an die Gesellschaft für diesen eine Forderung resultiren. In mehr als  $\frac{9}{10}$  der Fälle werden vermuthlich alle Gesellschafter Schuldner der Gesellschaft sein.

#### § 48.

Zu italienischen Gesetze ist die Betheiligung der Massen der Gesellschafter im Konkurse der Gesellschaft ganz ausgeschlossen. Die französische Praxis gewährt dagegen den Massen der Gesellschafter das Recht der Betheiligung für jegliche Forderung derselben an die Gesellschaft mit Ausschluß der Einlage (Kapitalkonto). Vgl. darüber Pardessus a. a. O. No. 975. Er erwähnt nichts von Kontroversität dieser Frage. Dem französischen Rechte schließt sich nach Saint-Joseph<sup>1)</sup> das englisch-amerikanische Recht an. Der Staat New-York aber schließt ausnahmsweise von der Betheiligung (abgesehen von der Einlage) die Forderung der Gesellschafter aus, soweit sie sich auf nicht bezogene Gewinnantheile bezieht (siehe Saint-Joseph a. a. O. Seite 202).

Ein Urtheil des Obertribunals von Stuttgart vom 20. Dezember

gläubiger bezahlt worden. Es wäre somit seine Forderung an die Gesellschaft zu einer Forderung an seine Gesellschafter geworden, und analog wäre also nur der Masse des Gesellschafters, welcher Gläubiger der Gesellschaft geblieben, die Geltendmachung einer entsprechenden Forderung in den Massen der Schuldner gebliebenen Gesellschafter zu gewähren. Die praktische Ausführbarkeit der Geltendmachung dieser Forderung ist auch nicht zu bezweifeln. Man hat einfach die Konkurse über die schuldigen Gesellschafter zuerst zu erlebigen.

Diese Bedenken sind um so mehr zu würdigen, als die Konsequenz der Meinung Münzingers dahin führt, das Recht der Betheiligung am Firmankonkurse für die Forderung eines Gesellschafters auch dem Zessionar des Gesellschafters zu geben. Wo nun der Gesellschafter oder seine Masse das Recht zur Betheiligung hat, ist es unbedenklich, da ja er so wie so mit seinem ganzen Vermögen, also auch mit dem, was er auf diese Weise von den Firmaaktiven erhält, den Gesellschaftsgläubigern behaftet bleibt. Will man dagegen die Zession der Forderung eines Gesellschafters an die Gesellschaft gestatten — und an sich steht wohl einer solchen Zession nichts im Wege —, so hat man die eigenthümliche Konsequenz, daß der Zessionar des Gesellschafters einen Theil des Gesellschaftsgrundes erhält, das doch in erster Linie nach allgemeiner Anschauungsweise bestimmt ist, die Firmagläubiger (ausschließlich des Gesellschafters) zu decken. Ein Ausschluß dieses Zessionars durch ausdrückliches Gesetz würde freilich diesem Strupel abhelfen.

<sup>1)</sup> Saint-Joseph, Concordances entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon 1856.

1858<sup>1)</sup> verwarf jede Betheiligung eines Gesellschafters im Konkurse der Gesellschaft. Seit Einführung des D. HGB. stimmt dagegen die deutsche Gerichtspraxis mit der französischen mehr überein<sup>2)</sup>. Ganz klar scheint dieselbe dießbezüglich noch nicht zu sein. Ich zweifle übrigens auch, ob die französische und englische Praxis wirklich stets so weit geht, wie Saint-Joseph meint.

#### § 49.

Dem D. HGB. schließt sich das neue schweizerische Obligationenrecht an. Es sagt ausdrücklich in Art. 567: „Die Kollektivgesellschaftler können im Konkurse der Gesellschaft für ihre Kapitaleinlagen nicht als Gläubiger konkurriren, wohl aber gleich anderen Gläubigern diejenigen Forderungen geltend machen, welche ihnen unter irgend einem anderen Titel wider die Gesellschaft zustehen.“ Ob mit diesen anderen Forderungen diejenigen Forderungen der Gesellschaft an den Gesellschafter kompensirt werden können, welche ihr gegen ihn aus dem passiven Stande seines Kapitalkonto zustehen, und ob dieses Kapitalkonto für diesen Zweck zu vervollständigen sei, und wie es zu vervollständigen sei (vgl. Seite 48 und 60), sagt das Gesetz nicht. Ohne ausdrückliche dießbezügliche Bestimmung ist aber sehr schwer zu sagen, was denn hier die Meinung des Gesetzgebers sei. Er hat sich eben leider diese Frage selbst nicht vorgelegt. Ich neige dahin, zu sagen: Bei gänzlichem Mangel einer dießbezüglichen Bestimmung dürfte wohl selbstverständlich der Gesellschaftsmasse die Kompensation der bereits gebuchten Schuld des Gesellschafters an die Gesellschaft auf Kapitalkonto zuzugestehen sein, ebenso eine Ergänzung der ver-gessenen oder böswillig unterlassenen Belastungen des Gesellschafters auf Kapitalkonto, nicht aber ohne weiteres auch eine Vervollständigung des Kapitalkonto mit Eintragung des bei dem Konkursausbruche neu zu be-

<sup>1)</sup> Mitgetheilt in Goldschmidts Zeitschrift Band VII Seite 486.

<sup>2)</sup> Siehe Entscheidungen des deutschen Reichsoberhandelsgerichtes, herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes. Erlangen bei Ferdinand Enke Band V Seite 204 bis 207. Urtheil vom 14. Februar 1872 in Sachen Schulz gegen Ernst Arnoldi's Söhne. In diesem Urtheile wird gesagt, es sei die Koll.G. zwar keine juristische Person, jedoch sei ihr Vermögen ein abgeordnetes, und könne daher die Privatmasse eines Gesellschafters im Konkurse der Koll.G. mit den Gesellschaftsgläubigern für die Forderung des Gesellschafters an die Gesellschaft konkurriren. Es müsse sich aber die Privatmasse dieses Gesellschafters für die Hälfte dieser Forderung die Einrede der Kompensation (Kompensation, womit und warum?) gefallen lassen.

rechnenden, theilweise vielleicht durch den Konkurs erst entstehenden Verlust-antheiles des betreffenden Gesellschafters.

Auch die Kommentare zum S. Obl. R. schweigen bezüglich dieser Frage. Folgende Erklärung zu diesem Artikel enthält der Schneider'sche <sup>1)</sup> Kommentar: „2. Unter irgend einem anderen Titel. Dahin gehört z. B. der Kaufpreis für eine Sache, die ein Gesellschafter der Firma verkauft hat, und der ihm nicht etwa auf seinem Kapitalkonto als Beitrag gutgeschrieben worden ist, oder ein in gleicher Art für kurze Dauer gemachtes Darlehen, eine Forderung eines Dritten, die etwa durch Erbgang auf den Gesellschafter übergegangen ist, u. s. w. Es können mit anderen Worten die Antheilhaber zwar nicht ihren Kapitalkonto, wohl aber ihren Kontokorrent geltend machen.“ Die erste Auflage enthielt noch folgende Bemerkung:

„3. Mit Bezug auf ihre Kontokorrentguthaben sind also diese Gesellschafter im Konkurse der Gesellschaft gleich dritten Gläubigern derselben zu behandeln. Daraus darf jedoch nicht geschlossen werden, daß dieß auch mit Bezug auf alle übrigen <sup>2)</sup> Rechte der Gläubiger der Fall sei.“

#### § 50.

Mit vollem Rechte vermieden die Entwürfe diesen Unterschied zwischen Kontokorrentguthaben des Gesellschafters und Guthaben desselben auf Kapitalkonto <sup>3)</sup>. Münzingers dießbezüglicher Vorschlag lautete <sup>4)</sup>:

<sup>1)</sup> „Das schweizerische Obligationenrecht sammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen herausgegeben von Dr. A. Schneider, ordentlichem Professor an der Universität Zürich, unter Mitwirkung von Dr. H. Fied, ordentlichem Professor an der Universität Zürich und gewesenen Redaktor des Obligationenrechtes. Zürich bei F. Schultheß 1882.“ (2. Auflage 1883.)

<sup>2)</sup> Welche übrigen Rechte? Durch Fettdrucken der Worte „im Konkurse“ war angedeutet, daß man damit die außer dem Konkurse, vor Konkursausbruch geltend gemachten Rechte der Gläubiger meinte. Es besteht aber nirgends ein Zweifel, daß jeder Gesellschafter außer dem Konkurse, vor Konkursausbruch dieselben Rechte wie ein anderer Gläubiger der Gesellschaft gegenüber dieser geltend machen kann, wenn ihm irgend eine Forderung gegen dieselbe zusteht, natürlich stets *salva exceptione e contractu sociali*. Und nur im Konkurse war die Geltendmachung solcher Rechte zweifelhaft. Nur im Konkurse schließt sie das italienische Gesetzbuch zum Beispiel aus, nicht außer dem Konkurse. Es war daher gewiß gerechtfertigt, daß die Bemerkung 3 in der zweiten Auflage des Kommentars gestrichen worden ist.

<sup>3)</sup> Siehe Schneiders Kommentar zum S. Obl. R. Art. 566.

<sup>4)</sup> Siehe den schon früher zitierten Entwurf von 1876 Art. 564.

„Mit den Gesellschaftsgläubigern gehen im Konkurse der Koll.G. zu Theil die einzelnen Gesellschafter (beziehungsweise deren Privatmassen) für Forderungen, welche die einzelnen Gesellschafter gegen die Gesellschaft erworben haben, sowie für ihre Kapitaleinlagen, soweit diese nicht durch Verlustanteile gemindert oder gänzlich aufgezehrt sind.“

Ich führe wohl am besten aus seinen Motiven<sup>1)</sup> zu diesem Vorschlage einige Sätze wörtlich an:

„Auf dem persönlichen Kredit der Gesellschafter beruht das Gedeihen des Ganzen; denn sie sind es, welche persönlich und solidarisch für alle Schulden der Gesellschaft haftbar sind. Die Privatgläubiger eines Gesellschafters müssen dulden, daß die Gesellschaftsgläubiger, wie sie selbst, auf das persönliche Vermögen ihres Schuldners greifen, und sie sollten nun nicht auch mit den Gesellschaftsgläubigern ein Recht auf die Gesellschaftseinlagen haben?“ „Die Einlagen der Gesellschafter bilden, soweit sie nicht durch Verlustanteile vermindert und also auf seinem Kapitalkonto abgeschrieben sind, stetsfort einen Theil seines Vermögens und darum auch einen Theil der Sicherheit für seine Privatgläubiger.“ „Um so viel, als jeweilen sein Verlustanteil beträgt, verringert sich seine Einlage“ (NB. sofern nicht im Gesellschaftsvertrage ausgemacht ist, daß er für diesen Betrag Schuldner der Gesellschaft wird, die Einlage aber stets gleich bleibt. Solche Vertragsbestimmungen sind mir in meiner Advokaturpraxis mehrfach vorgekommen). „Die einzelnen Gesellschafter sind nicht in erster Linie die Schuldner der Gesellschaftsgläubiger, auch nicht mit ihrer Einlage; sondern sie sind in erster Linie als Einleger auch Gläubiger der Gesellschaft. Aus diesem Grundgedanken ergibt sich nun leicht und einfach das Prinzip für die Theilung der Konkursmasse der Gesellschaft. Das Gesellschaftsvermögen ist neu gestaltet; die Einlagen der Gesellschafter sind nicht mehr in natura unterscheidbar vorhanden, sondern es sind an ihre Stelle Forderungsrechte getreten. Es muß daher ein Separatkonkurs geführt werden, bei welchem die Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter keine selbständigen Rechte geltend machen können, da sie ja nicht Gläubiger der Gesellschaft sind. Dagegen gehören zu den Gesellschaftsgläubigern auch die einzelnen Gesellschafter für ihre Einlagen in die Gesellschaft, aber nur so weit dieselben nicht durch Verlustanteile des betreffenden Gesellschafters

<sup>1)</sup> „Dr. Walther Munzinger, Professor in Bern. Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes im Auftrage des Lit. schweizerischen Justiz- und Polizeidepartements verfaßt von dem Redaktor des Entwurfes. Bern bei Stämpfli 1865.“ Seite 79—93.

vermindert oder ~~gänzlich~~ aufgezehrt sind. Ueber das Letztere nun können sich die Gesellschafter beziehungsweise ihre Privatgläubiger nicht beklagen, so wenig als dann, wenn ihr Schuldner irgend ein anderes Geschäft übernimmt, mit welchem ein Risiko verbunden ist."

Dieser Vorschlag Munzingers, der gegenüber dem System des D. HGB., des französischen Rechtes zc. unzweifelhafte Vorzüge hat<sup>1)</sup>, fand nicht Gnade vor den Augen unserer Gesetzgeber in Bern.

Bevor ich auf die Verhandlungen in den eidgenössischen Räten eintrete, will ich noch des w a a d t l ä n d i s c h e n Rapportes<sup>2)</sup> zu diesem Vorschlage erwähnen. Derselbe ist mit dem Vorschlage des Entwurfes einverstanden, wünscht aber, daß die Gesellschaftsgläubiger dadurch mehr geschützt werden, daß die Dividende des einzelnen Gesellschafters im Firmakonto von ihnen mit Arrest belegt werden dürfe<sup>3)</sup>. Ferner wünscht der Rapport mehr Klarheit<sup>4)</sup> bezüglich der zu berücksichtigenden Forderungen der einzelnen Gesellschafter an die Gesellschaft im Konkurse derselben. Ich zitiere wörtlich:

„Il serait d'ailleurs à désirer que le projet indiquât plus clairement qu'il ne le fait la mesure exacte dans laquelle l'associé pourra intervenir pour ses apports; le projet, en effet, parle des apports diminués des pertes, tandis qu'il faudrait parler des apports diminués de la différence entre l'actif social et un passif fictif dans lequel on ne ferait pas rentrer les apports des associés,

<sup>1)</sup> Ich sage nur gegenüber den Systemen, welche die Forderungen der Gesellschafter zwar zulassen, aber nicht alle, sondern den Unterschied zwischen Kapitalkonto und Kontokorrente machen. Eine andere Frage ist es, ob der Vorschlag Munzingers gegenüber dem neuen italienischen Systeme gänzlichen Ausschusses der Gesellschafter vom Gesellschaftskonkurse Vorzüge habe. Hier ist die Entscheidung schwierig und zweifelhaft. Ich verweise dießbezüglich auf das im § 47 und insbesondere der zweiten Anmerkung Gesagte.

<sup>2)</sup> „Loi fédérale sur le droit des Obligations et le droit Commercial. Rapport présenté au Conseil d'Etat du canton de Vaud par la commission chargée par lui d'examiner le projet de Juillet 1879. Lausanne Imprimerie d'Adrien Borgaud.“

<sup>3)</sup> Eine dießbezügliche Bestimmung war wohl von Munzinger als selbstverständlich weggelassen worden, oder weil sie mehr in die Prozeßgesetze als ins Handelsrecht gehört.

<sup>4)</sup> Hier macht der Rapport mit Recht, wenn auch mit wenig Klarheit, auf die Lücke aufmerksam, die allen Vorschlägen und Systemen, dem von Trümpy, Heusler, Munzinger, dem D. HGB., dem französischen Rechte und dem S. Obl. R. gemeinsam ist. Wir verweisen auf unsere früheren dießbezüglichen Ausführungen.

suivant ce qu'explique Munzinger, rappelé par l'exposé des motifs du projet. Il importe que l'on soit parfaitement au clair sur ce point essentiel.<sup>4</sup>

Der Ständerath hatte die Priorität in Berathung des Obligationenrechtentwurfes. Seine Kommission hatte sich mit Mehrheit (Berichterstatter Hoffmann) für den Entwurf (System Munzinger) ausgesprochen. Der Ständerath selbst berieth darüber am 16. und am 17. Juni 1880<sup>1)</sup>. Gegen den Entwurf und für Anschluß an das französische und deutsche System sprachen Wessel, Menoud und schließlich auch Hoffmann, der aus einem Paulus ein Saulus geworden. Es sei ungerecht, daß der Schuldner zum Gläubiger werde, daß dem Gesellschafter Gelegenheit gegeben werde, seine Dividende im Gesellschaftskonkurse durchzubringen oder daß sie seiner Frau zukomme (der einzige verständige Einwurf, der gemacht wurde; alle anderen entsprangen nur aus dem mangelhaften Verständniß des Entwurfes); es könne der Komplementär so den Kommanditär schädigen und sich selbst retten u. Vergeblich traten Bundesrath Anderwerth und die Ständeräthe Rieter und Estoppel für das System Munzinger ein, und wiesen die Unstichhaltigkeit der Gegengründe nach. Das System Munzinger unterlag im Ständerathe und der Nationalrath schloß sich ohne eingehende Debatte dem Ständerathe an, trotzdem der Bundesrath zur Beschwichtigung der vorgebrachten Bedenken<sup>2)</sup> folgenden Abänderungsantrag eingebracht hatte:

„In dem Konkurse der Koll.G. können die einzelnen Gesellschafter vor der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger keinerlei Forderungen geltend machen<sup>3)</sup>. Es können jedoch die einem Kollektivgesellschaftler gegen die Ge-

<sup>1)</sup> Siehe die freilich nicht sehr vollständigen und an einigen Stellen offenbar auf Mißverständnissen beruhenden Berichte der Neuen Zürcher-Zeitung im I. und II. Blatt der No. 170 von 1880.

<sup>2)</sup> Mein Vater, Professor Dr. jur. H. Fick in Zürich, Redaktor des Bundesrathsentwurfes, schreibt darüber sub. 6. Juli 1880: „Der Artikel 577 ist im Ständerathe offenbar deßhalb zu Falle gekommen, weil man angenommen hat, es könnten die einzelnen Kollektivgesellschaftler auch für sich selbst ihre Kapitaleinlagen im Konkurse der Gesellschaft zur Geltung bringen, und weil man übersehen hat, daß nach Art. 574 Absatz 3 in Verbindung mit Art. 582 Absatz 1 jeder Gesellschaftsgläubiger den aufrecht stehenden einzelnen Gesellschafter einer in Konkurs gerathenen Koll.G. auf das Ganze betreiben und dadurch zum Konkurse nöthigen kann“ (oder eventuell, was noch besser ist, zur Bezahlung der ganzen Schuld).

<sup>3)</sup> Dieß ist die einzige wesentliche Neuerung gegenüber dem vom Fick'schen Entwurfe aufgenommenen Systeme Munzingers, nach welchem die Gesellschafter selbst, wie wir gesehen haben, eventuell diese Rechte geltend machen konnten.

gesellschaft ~~v~~ **zustehenden Forderungsrechte**, wenn über das Privatvermögen desselben Konkurs eröffnet worden ist, zu Handen seiner Privatmasse in Konkurrenz mit den Gesellschaftsgläubigern zur Geltung gebracht werden. Dabei ist auch die Kapitaleinlage des Gesellschafters, soweit dieselbe durch die ihn vertragsmäßig treffenden Verlustanteile nicht gemindert worden ist, als eine ihm gegen die Gesellschaft zustehende Forderung in Betracht zu ziehen.

„Jeder einzelne Kollektivgesellschaftler kann nach Ausbruch des Konkurses der Gesellschaft, so lange er selbst aufrecht steht, von den Gesellschaftsgläubigern auf den ganzen Betrag der Gesellschaftsschulden belangt werden. Dagegen können in den über die einzelnen Gesellschaftler eröffneten Konkursen die Gesellschaftsgläubiger nur den nach Abwicklung des Gesellschaftskonkurses unbezahlt bleibenden Rest ihrer Forderungen, diese aber in jeder einzelnen Masse ganz in Konkurrenz mit den Privatgläubigern geltend machen.“

Auch ich brach damals vergeblich eine Lanze für das System Münzinger. Ich hatte die Absicht gehabt, diese Arbeit vor der Berathung des Obligationenrechtes zu veröffentlichen, damals aber nicht die Zeit gefunden, dieselbe druckfertig zu machen. So begnügte ich mich denn mit einem kurzen Artikel in der Neuen Zürcher-Zeitung<sup>1)</sup>. Ich wies kurz die Unrichtigkeit der von Wessel und Hoffmann gegen das System Münzinger geltend gemachten Bedenken nach. Doch ist es jetzt, mehr als drei Jahre später und mehr als ein Jahr seit Inkrafttreten des Obligationenrechtes, wohl nicht mehr an der Zeit, länger bei diesem Gegenstande zu verweilen.

Eine schweizerische Praxis zu den betreffenden Artikeln des Obl.N. hat sich natürlich noch nicht gebildet.

#### § 51.

Wo immer die Koll.G. vorkommt, so ist stets das Wesentliche derselben, daß alle Gesellschaftler für alle Schulden der Gesellschaft solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen haften, sei es nun direkt, neben der Gesellschaft, wie im D.S.G.B., oder subsidiär, hinter der Gesellschaft, so lange letztere solvent ist, wie in Frankreich, Italien<sup>2)</sup> und jetzt in der Schweiz.

<sup>1)</sup> Erschienen in der Handelsabtheilung der Neuen Zürcher-Zeitung vom 2. Dezember 1880 II. Blatt (kurz vor der Berathung der betreffenden Artikel durch den Rationalrath) unter dem Titel: „Konkurs der offenen Handelsgesellschaft“.

<sup>2)</sup> Ich finde dießbezüglich keine klare Bestimmung im italienischen Codice, schließt Obiges jedoch aus dem Ausdrucke „garantite“.

Es fragt sich nun: 1) Wie macht sich diese unbeschränkte solidarische Haftbarkeit im Konkurse geltend? 2) Können kraft derselben die Gesellschaftsgläubiger ihre Forderungen außer im Konkurse der Gesellschaft auch noch gegenüber den Gesellschaftern geltend machen? 3) Gegen alle zugleich oder gegen einen nach dem andern? 4) Können sie im Konkurse der Gesellschafter mit den Privatgläubigern der Gesellschafter in gleichen Rechten konkurrieren? oder 5) stehen sie hinter denselben zurück? 6) Können sie jeweilig ihre ganzen Forderungen 7) oder nur eine Rate derselben 8) oder etwa nur mit dem Ausfall, d. h. mit dem in den früher erledigten Konkursen ungedeckt gebliebenen Theile ihrer Forderungen anmelden?

Wo diese Fragen nicht durch ausdrückliche spezielle Gesetzesbestimmungen gelöst sind, sind sie natürlich nach den auch sonst bezüglich der Wirkung der Solidarität zur Geltung kommenden Grundsätzen zu entscheiden.

Der allgemeine Grundsatz bezüglich Wirkung der Solidarität ist nun, daß der Gläubiger seine Forderung in jedem Konkurse seiner solidarisch haftbaren Schuldner voll und ganz anmelden kann. Dieser Grundsatz gilt wohl unzweifelhaft jetzt überall. Ich verweise auf Art. 788 des italienischen Codice, Art. 167 des S. Obl.R. und Art. 61 der D. R. D. Auch überall, wo wir keinen Separatkonkurs der Gesellschaft finden, wird stets als ganz unzweifelhaft das Recht der Gesellschaftsgläubiger anerkannt, in allen Konkursen der solidarisch haftbaren Gesellschafter ihre Forderungen ganz anzumelden. Ganz vereinzelt stehen Rind, Vauterbach und Treitschke mit ihren dießbezüglich abweichenden Ansichten.

Daraus folgt für den Konkurs der Koll.G., daß, wo das Gesetz schweigt, ebenfalls die Gesellschaftsgläubiger in jedem Gesellschafterkonkurse ihre ganze Forderung anmelden und mit ihrer ganzen Forderung in jedem Gesellschafterkonkurse mit den Privatgläubigern des Gesellschafters konkurrieren können. Die meisten Gesetze schweigen aber hierüber nicht.

#### § 52.

Der von Hürlimann als so vollständig gepriesene, in Wirklichkeit aber bezüglich des Gesellschaftsrechtes außerordentlich arme Code de commerce schweigt, ebenso merkwürdigerweise der sonst wirklich reichhaltige italienische Codice. Es scheint also, daß diese Länder die volle Anmeldung der Gesellschaftsschulden im Konkurse aller Gesellschafter gestatten.

#### § 53.

Im englisch-amerikanischen Rechte gilt der aus der Natur der Sache wohl kaum zu rechtfertigende Satz, daß die Gesellschaftsgläubiger

zwar ein Privileg auf die Gesellschaftsaktiven haben, aber daß umgekehrt auch die Privatgläubiger ein Privileg auf die Privataktiven der Gesellschafter haben, die Gesellschaftsgläubiger die ihnen solidarisch und mit dem ganzen Vermögen haftenden Gesellschafter also erst dann für ihre Verluste haftbar machen können, wenn deren Privatschulden alle bezahlt sind. Das Prinzip der solidaren Haftbarkeit der Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen, welches auch das englische Recht aufstellt, wird dadurch zum reinen Humbug. Vgl. Story a. a. O. § 376, wörtlich zitiert in § 11 Seite 10.

Am 25. August 1883 trat ein neues englisches Konkursgesetz, „Bankruptcy Act 1883“ genannt, in Kraft. Dasselbe erleichtert die Konkursöffnung, macht sie rascher und strenger. Die Interessen der Gläubiger werden besser gewahrt. Der Massaverwalter ist ein verantwortlicher Beamter unter Aufsicht des Gewerbeministeriums (board of trade). Für kleine Konkurse (unter 300 £) ist ein summarisches Verfahren eingeführt (vgl. Whittaker's für 1884).

In den Grundsätzen des materiellen Konkursrechtes ändert das neue Gesetz aber nichts, insbesondere aber nichts an dem höchst willkürlichen Privileg der Privatgläubiger der Gesellschafter in deren Privatkonkursen. Ich führe wörtlich an:

„Section 40 (3.): In the case of partners the joint estate shall be applicable in the first instance in payment of their joint debts, and the separate estate of each partner shall be applicable in the first instance in payment of his separate debts. If there is a surplus of the separate estates it shall be dealt with as part of the joint estates. If there is a surplus of the joint estate it shall be dealt with as part of the respective separate estates in proportion to the right and interest of each partner in the joint estate.

Section 59 (1.): When one partner of a firm is adjudged bankrupt, a creditor to whom the bankrupt is indebted jointly with the other partners of the firm, or any of them, shall not receive any dividend out of the separate property of the bankrupt until all the separate creditors have received the full amount of their respective debts.“

In den Vereinigten Staaten von Amerika sieht die Verfassung ein gemeinsames Konkursgesetz vor. Es gibt aber kein solches, und hat daher jeder der 38 Staaten sein eigenes. Aber es darf wohl anzunehmen sein, daß in allen die gleichen Grundsätze des materiellen Konkursrechtes wie in England gelten..

Das deutsche Handelsgesetzbuch bestimmt in Art. 122, daß die Gesellschaftsgläubiger sich im Konkurse der Gesellschafter mit dem Ausfall beteiligen können, und stellt es den Einzelstaaten frei, sie mit den Privatgläubigern der Gesellschafter konkurrieren zu lassen, oder sie denselben gegenüber wie im englisch-amerikanischen Rechte und übrigens auch im früheren Hamburger Recht (Falliten-Ordnung von 1753 § 64, 4) odiose zu privilegieren. Von diesem Rechte machten folgende deutsche Staaten Gebrauch: Hamburg (§ 20 des Einführungsgesetzes), Hannover (ejusdem § 17), Frankfurt (ejusdem § 18), Sachsen (§ 11), Baden (§ 35), Braunschweig (§ 39), Bremen (§ 17), Oldenburg (§ 16), Württemberg (§ 41). Die neue deutsche Konkursordnung von 1877 (1879) hebt dagegen dieses durch obige Einführungsgesetze zum D.HGB. statuierte Privilegium wieder auf (D.R.O. Einführungsgesetz § 4 Absatz 1).

Gegen dieses Privileg der Privatgläubiger der Gesellschafter, weil das Prinzip der solidaren Haftbarkeit durchbrechend, äußern sich Anschütz und Bölderdorff im Kommentar zum D.HGB., Lug (siehe Nürnberger Protokolle Seite 4525), Auerbach (Kommentar I Seite 99), Kräwel in Buschs Archiv (Band IV Seite 48) und Buchelt<sup>1)</sup>. Letzterer ist überhaupt gegen Einschränkung der Konkurrenz der Gesellschaftsgläubiger auf den erlittenen Ausfall, und nennt schon diese einen Durchbruch des Solidaritätsprinzipes. Es könne diese Bestimmung für die Gesellschaftsgläubiger eine grelle Ungerechtigkeit enthalten, indem sie nur mit dem Ausfall am Privatvermögen eines Gesellschafters konkurrieren können, während vielleicht dieser Gesellschafter solvent sein und Alles bezahlen könne.

Dieser Einwurf Buchelts beruht übrigens wohl auf einem Rechenfehler. Denn es bleibt für die Gesellschaftsgläubiger dasselbe, ob sie aus dem Privatvermögen des solventen Gesellschafters A Alles erhalten, oder ob sie im Konkurse der Gesellschaft A & B vorerst 60% ihrer Forderung und sodann von A den Ausfall von 40% voll erhalten.

Es scheint mir aber, daß es nichts als billig und in der Ordnung ist, wenn man die Gläubiger der Gesellschaft anhält, sich vorerst an die Gesellschaftsmasse zu halten und sie sodann nur mit dem Ausfall sich in

<sup>1)</sup> „Dr. Ernst Sigismund Buchelt. Kommentar zum D.HGB. mit besonderer Berücksichtigung der Praxis des Reichsoberhandelsgerichtes. Leipzig 1874.“ Siehe zu Art. 122.

den Gesellschaftskonkursen betheiligen läßt. Sie erdrücken sonst ganz die Privatgläubiger der Gesellschafter, und kann es sonst überdieß leicht vorkommen, daß sie mehr als ihre Forderungen erhalten, wenn man die Dividenden aus allen Konkursen addirt, was dann wieder zu mühsamen Rückforderungen und Neuvertheilungen führt.

Uebrigens schließt das D. HGB. nicht ausdrücklich und unzweifelhaft aus, daß ein Gesellschaftsgläubiger unter Verzicht auf Betheiligung im Gesellschaftskonkurs seine Forderung in den Konkurs der Gesellschafter ganz anmelden kann. Unzweifelhaft gibt ihm dieses Recht § 61 zusammengehalten mit § 201 und § 57 der neuen D. R. O.<sup>1)</sup> Vor Einführung derselben herrschte Streit über diese Frage. Ein Urtheil des deutschen Reichsoberhandelsgerichtes vom 22. Mai 1875<sup>2)</sup> in Sachen Kob gegen Hahn sagte, daß der Firmagläubiger, welcher versäumte, seine Forderung im Firmakonkurse anzumelden, auch den nie in den Konkurs gekommenen Gesellschafter nur soweit verklagen kann, als er im Firmakonkurse zu Schaden gekommen wäre, indem Art. 122 des D. HGB. nicht nur ein Separationsrecht, sondern auch eine Pflicht des Gläubigers zur Anmeldung in dem Separatkonkurse der Gesellschaft ausspreche.

In diesem Sinne hatten sich auch Anschütz und Völckerndorff im Kommentar zu Art. 122 ausgesprochen, umgekehrt Koch im Kommentar zu § 288 der preussischen Konkursordnung (2. Auflage 1867). Landgraf<sup>3)</sup> ist derselben Ansicht wie Anschütz und Völckerndorff. Er bemerkt ferner mit wenig Scharfsinn und Sachkenntniß, daß nur durch wenige deutsche Staaten und durch die D. R. O. von der Freiheit nicht Gebrauch gemacht worden sei, welche der Schlußsatz des Art. 122 gibt (den Privatgläubigern ein Privilegium auf das Privatvermögen der Gesellschafter zu geben). Daß die D. R. O. dieses Privileg einfach wieder aufhebt, entgeht ihm wohl, und übrigens hatten weder Oesterreich, noch Preußen, noch Bayern, noch die vielen thüringischen Staaten von jener Freiheit Gebrauch gemacht (siehe Seite 70).

### § 55.

Das schweizerische Obligationenrecht gibt der Solidarverpflichtung der Gesellschafter im Konkurse der Gesellschaft folgende

<sup>1)</sup> Siehe Fitting a. a. O. Seite 399 Anmerkung 13.

<sup>2)</sup> Siehe in der schon früher citirten Reichsgerichts-Präjudizienammlung Band XVII No. 62 Seite 284—292.

<sup>3)</sup> Die Handels- und Industrieetzgebung des deutschen Reiches. Rördlingen 1877.

Wirkung: der Gesellschaftsgläubiger kann den Gesellschafter direkt für seine ganze Forderung belangen, wenn der belangte Gesellschafter noch nicht in Konkurs gerathen ist<sup>1)</sup>. Im Konkurse der Gesellschafter kann er dagegen, wie im D. HGB., nur mit seinem Ausfalle auftreten, und zwar in Konkurrenz mit den Privatgläubigern in dem Konkurse über jeden Gesellschafter ganz. Ein Antrag auf Gewährung des englischen Privilegiums der Privatgläubiger der Gesellschafter auf das Privatvermögen der Gesellschafter war seinerzeit abgelehnt worden.

Die Ende des vorigen Paragraphen erörterte Frage, ob der Gesellschaftsgläubiger unter Verzicht auf Betheiligung im Gesellschaftskonkurse mit der ganzen Forderung in den Privatkonkursen der Gesellschafter auftreten könne, ist auch hier nicht ausdrücklich entschieden. Der Wortlaut des Art. 568 läßt aber eher diese Frage verneinen als bejahen. Auch der Schneider'sche Kommentar beschäftigt sich nicht mit dieser Frage. Jedoch läßt sich aus dem Kommentar Schneiders zu Art. 564 schließen, daß er diese Frage verneinen würde.

Wir haben schon vorher erkennen lassen, daß wir de lege ferenda für Verneinung der Frage entscheiden würden. Es läßt sich auch kein reelles Interesse eines Gläubigers für diesen Vorgang denken. Mehr als 100% soll er nicht erhalten. Beträgt aber die Dividendensumme, die er erhält, weniger als 100%, so fährt er stets besser, wenn er den Weg einschlägt, den das Gesetz als Regel vorschreibt. Es wäre denn, daß er gegenüber Altmodementsversuchen eines Gesellschafters durch Betheiligung in dessen Konkurs mit einer größeren Forderung einen besonderen Druck auszuüben versuchte. Ob das aber ein reelles Interesse ist, ist eine andere Frage.

Daß der Fall bis jetzt in der Schweiz je vorgekommen wäre, ist mir nicht bekannt.

#### § 56.

Wir haben uns nun mit der Frage zu beschäftigen: Was geschieht, wenn ein Gesellschaftsgläubiger in Folge Betheiligung in mehreren Konkursmassen zu viel, mehr als 100% seiner Forderung, erhalten hat?

Der Fall ist gewiß ein sehr seltener, und ist mir nicht bekannt, daß er bis jetzt schon vorgekommen wäre. Aber er ist doch immerhin ein möglicher, und nicht einmal ein unwahrscheinlicher im Falle einer großen Krisis,

<sup>1)</sup> Siehe Schneiders Kommentar No. 6 zu Art. 564 und No. 2 und 3 zu Art. 568.

wenn, z. B. die Eigenschaften des Schuldners oder seine Werthpapiere vorübergehend sehr entwerthet sind, im Laufe des Konkurses aber und vor ihrer Liquidation sich wieder außerordentlich im Werthe heben. Meistens wird dann freilich der Konkurs wieder aufgehoben werden, bevor es zur Vertheilung der Konkursdividenden kommt. Aber es ist das Gegentheil doch eben auch möglich.

Selbstverständlich haben die Gesellschaftsgläubiger das zu viel Erhaltene zurückzugeben. Aber an wen? Und in welchem Verhältnisse?

Es tritt hier übrigens natürlich nur dasselbe ein, wie bei jeder anderen Art von Solidarverpflichtung und demgemäßer Betheiligung von Gläubigern für dieselbe Forderung in verschiedenen Konkursen. Wir sahen (Seite 48), daß Professor Heusler für den Konkurs der Gesellschaft bezüglich dieses Falles eine besondere Bestimmung vorgeschlagen hatte.

Artikel 789 des italienischen Codice handelt hievon, lautend:

„Nessun regresso per i dividendi pagati é accordato ai fallimenti dei coobbligati, gli uni contro gli altri: ma se l'intero credito di capitale ed accessorii sia stato pagato da una o più delle masse coobbligate, in guisa che il creditore non abbia più azione contro le altre, le prime hanno diritto di regresso contro le seconde in proporzione della parte del debito che hanno pagato e di quella che era sospettivamente a carico di ciascuna.

„Le i *dividendi* riuniti assegnati al creditore in tutti i fallimenti dei coobbligati *superino la somma a lui dovuta*, il resto é devenuto alle masse dei fallimenti nella proporzione suddetta. Se però i coobbligati erano garanti gli uni degli altri, il resto appartiene secondo l'ordine delle obbligazioni alle masse dei fallimenti di quei coobbligati che hanno diritto di essere garantiti.“

Es wird also hier der Natur der Sache gemäß das innere Verhältniß zwischen den solidaren Mitschuldnern möglichst berücksichtigt. Dasselbe wird da zu geschehen haben, wo es keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung gibt.

Der französische Code de commerce (Art. 543) verlangt proportionale Rückzahlung an die verschiedenen Massen, und Schneider sagt in seinem Commentare zu Art. 167 des C. Obl. R., dasselbe werde wohl auch Mangels einer gesetzlichen Bestimmung für die Schweiz gelten. Es wäre zu wünschen, daß das neue schweizerische Konkursgesetz etwas über diese Frage enthielte. Wie schon gesagt, schiene es mir am billigsten, gemäß dem italienischen Gesetze möglichst das innere Verhältniß der Koobligirten zu berücksichtigen.

Andere Gesetzesbestimmungen und Aeußerungen über diese Frage sind mir nicht bekannt.

### § 57.

Sind die Schuldverhältnisse der Gesellschafter unter einander in den Konkursen über dieselben zu berücksichtigen?

Will man dieselben berücksichtigen — in der zürcherischen Praxis geschah das bisher nicht ohne besondere Verwendung des Vertreters des forderungsberechtigten Gesellschafters —, so muß man, um die Aktivmasse des fordernden Gesellschafters feststellen zu können, stets zuerst die Konkurse der schuldenden Gesellschafter erledigen. Das wird aber gewiß in manchen Fällen eine Verzögerung der Gesamterledigung der Konkurse mit sich bringen. Nichts ist aber erwünschter, als eine rasche Erledigung der Konkurse<sup>1)</sup>, und daher dürfte de lege ferenda ein Ausschluß dieser Forderungen aus der Berücksichtigung im Konkurse vielleicht empfehlenswerth sein. Wo sie aber nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, ist zweifelsohne jede Forderung eines Gesellschafters an einen Mitgesellschafter so gut wie jede andere Forderung des Gesellschafters zu berücksichtigen.

Positive Gesetzesbestimmungen oder Urtheile über diese Frage sind mir keine bekannt. Die Praxis ist vermuthlich anderswo wie in Zürich.

### § 58.

Ist in den Konkursen der Gesellschafter Regreß für das zuzugestehen, was eine Masse mehr an die Gesellschaftsgläubiger bezahlt hat, als der betreffende Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage zu leisten hätte?

Hier ist, wie in anderen Fällen von Solidarobligation, gewiß der Regreß der Massen unter einander auszuschließen, weil, wie schon Treitschke ausgeführt hat, die Berücksichtigung derselben unausführbar ist. Bevor der Konkurs A erledigt ist, wissen wir nicht, wie viel mehr, als er nach dem Gesellschaftsvertrage verpflichtet wäre, A beziehungsweise seine Masse an die betreffenden Gläubiger geleistet hat, und wie groß daher seine Regreßforderung wäre. Bevor aber seine Aktiven und darunter diese Regreßforderung liquidirt und konstatirt sind, kann man seinen Konkurs nicht erledigen. Und bevor die Konkurse der allfällig schuldenden Gesellschafter

<sup>1)</sup> Selbst in Zürich wäre das zu wünschen. Es sind aber der Konkursrichter einerseits und das souveräne Volk andererseits, das nie willig ist, die nöthigen Mittel für eine prompte und gute Justiz zu bewilligen, offenbar anderer Meinung.

erledigt wären, könnte man auch wiederum nicht wissen, wie groß dieses Aktivum wäre. Wir könnten den entsetzlichen Wirwar (*circulus vitiosus*), in den wir gerathen würden, noch weiter ausführen. Es ist aber wohl nicht mehr nöthig, noch zu beweisen, daß auch ohne positive Gesetzesbestimmung der Regreß der Massen der Koobligirten für das, was an die betreffenden, in mehreren Massen sich betheiligenden, Gläubiger zu viel bezahlt wurde, zu unterbleiben hat. Einzig in den vom italienischen Gesetze (siehe den Seite 73 wörtlich zitierten § 789 des Codice) Eingang des § 789 erwähnten Fällen ist der Regreß ausführbar, nämlich: wenn durch die (aus irgend welchen vom Regreßrechte unabhängigen Gründen) zuerst zur Vertheilung gelangten Massen die Gesellschaftsgläubiger vollständig befriedigt wurden. Dann ist ein Regreß der erledigten Massen auf die noch unerledigten denkbar, aber auch hier nicht ohne Schwierigkeiten, Schwierigkeiten hier nicht auf Seite des Schuldners, sondern auf Seite des Gläubigers. Wer sind die erledigten Massen? Ist eine Masse erledigt, so ist sie nicht mehr vorhanden, und es tritt dann an deren Stelle wieder der Kridar. Soll er aber, auch wenn er nicht alle Schulden bezahlt hat, in seinem Namen ein solches Regreßrecht ausüben können, oder sollen es seine unvollständig bezahlt gebliebenen Privatgläubiger, und soll für diesen Zweck der sonst durch Erledigung seines Konkurses gelöste Zusammenhang zwischen denselben erneuert oder verlängert werden? Soll, im Falle eine solche Regreßforderung erwächst, eine Art Nachkonkurs über dieselbe eröffnet werden? Es scheint dieß die Meinung des italienischen Gesetzbuches zu sein, und es dürfte dieß wohl auch überall die praktische Konsequenz der allgemein gültigen Prinzipien sein, wo nicht das Gesetz im Interesse der Einfachheit ausdrücklich alle Regresse bis zur Erledigung aller Konkurse ausschließt. Letzteres thut der Code de commerce Art. 543.

Selbstverständlich kann übrigens nur dann die Rede von Regreß sein, wenn ein Koobligirter mehr als seinen Theil der Schuld bezahlt hat, nicht etwa schon dann, wenn er nur mehr als der andere Koobligirte bezahlt hat. Wenden wir diesen Satz auf die Koll.G. an:

Nach dem Gesellschaftsvertrage und den rechtlichen Grundsätzen über die Koll.G. ist die Gesellschaft selbst Schuldnerin, und wenn der Gesellschafter Schulden für sie bezahlt, wird er in dem Betrage ihr Gläubiger. Im Konkurse der Gesellschaft wird nun der Durchschnitt der Gesellschafter Schuldner der Gesellschaft durch vertragmäßige Vertheilung des zum Ruine der Gesellschaft führenden und durch den Konkurs regelmäßig noch vergrößerten Verlustes auf die Gesellschafter. Bezahlt Gesellschafter A nicht mehr, als was er auf diese Weise der Gesellschaft schuldet, so kann natürlich

von einem Regresse auf den vielleicht noch weniger bezahlenden koobligirten Gesellschafter keine Rede sein. Bezahlt A (oder seine Masse) aber mehr, so wird er, wenn man sich die Gesellschaft fortgesetzt denkt, Gläubiger der Gesellschaft, während der andere, oder bei mehr als zweien, mindestens ein anderer und mindestens so viel, wie A zu fordern hat, schuldig bleibt. Dieser Betrag, den A schließlich von der Gesellschaft zu fordern hätte, ist es, wofür ihm ein Regressrecht, d. h. eine Forderung an den oder die anderen Gesellschafter zusteht. Mehr nicht. Vgl. dazu das von Pardessus a. a. O. in No. 1086 mitgetheilte französische Urtheil.

### § 59.

Die Beendigung des Konkurses der Koll.G. führt uns nun zur näheren Betrachtung der Beendigung des Konkurses durch Akkommodement. Wer kann für die Firma ein Akkommodement machen?

Es besteht kein Zweifel, daß durch die Konkursöffnung das Gesellschaftsverhältniß zwischen den Gesellschaftern aufgelöst und jedes Mandat zur gegenseitigen Repräsentation aufgehoben ist. Also kann natürlich auch keine Rede davon sein, daß etwa ein einzelner geschäftsführender Gesellschafter oder die geschäftsführenden Gesellschafter zusammen kraft ihres Mandates für die Firma ein Akkommodement machen können. Also können, wo nicht ausdrückliche Gesetzesbestimmungen entgegenstehen — und daß dieß irgendwo der Fall wäre, ist mir nicht bekannt —, nur alle Gesellschafter das Akkommodement der Firma machen<sup>1)</sup>. Setzen sie nach demselben das frühere Geschäft fort, so ist, da die alte Firma und Gesellschaft aufgelöst war, eine neue Gesellschaft entstanden. Dieß ist freilich in Frankreich nicht unbestritten geblieben. E. Ferrière (Des sociétés commerciales. Paris 1833) vertritt diese obige Ansicht eingehend gegenüber einer gegentheiligen, im Journal de Commerce geäußerten.

Umgekehrt kann dagegen wiederum selbstverständlich — auch dieß ist zwar nicht unbestritten geblieben — der einzelne Gesellschafter für sich ein Akkommodement machen, ohne daß die anderen Gesellschafter oder deren Massen zuzustimmen haben. Die D. R. O. sagt darüber nichts. Der neue italienische Codice dagegen sagt dieß ausdrücklich<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Ausdrücklich sagt dieß die D. R. O. Art. 200 l. 1.

<sup>2)</sup> in Art. 854 l. 1 und 2, lautend:

„Nelle società in nome collettivo ed in accomandita i creditori possono consentire ad un concordato anche in favore di uno o più tra i socii responsabili senza limitazioni.

Daselbe wird wohl auch überall gelten, wo überhaupt ein Affkommoment statthaft ist. Jedoch ist nicht zu verkennen, daß das Affkommoment des einzelnen Gesellschafters allerlei Schwierigkeiten bietet. Es kann sich hier fragen, mit welchem Betrage in seinem Affkommoment die Firmagläubiger zu berücksichtigen seien. Man könnte bei oberflächlicher Betrachtung antworten: Mit dem Ausfall (dem, womit sie im Firmakonkurse zu Verlust gekommen), da sie sich ja im Privatkonkurse der Gesellschafter nur mit diesem Betrage theilhaben können. Erwägt man aber, daß Affkommoments stets nur in der ersten Zeit nach der Konkursöffnung zu Stande zu kommen pflegen, und daß somit zur Zeit, wo es sich um das Affkommoment eines Gesellschafters handelt, regelmäßig der Firmakonkurs noch nicht so weit erledigt sein wird, um den Ausfall genau zu kennen, so wird man zu dem Schlusse kommen, daß die Firmagläubiger beim Affkommoment des einzelnen Gesellschafters mit ihrer ganzen Forderung zu berücksichtigen sind. Da sie in Folge dessen möglicherweise und wohl gewöhnlich mit einer viel größeren Forderung auftreten, als sonst im Konkurse der Gesellschafter, so wird das sehr das Zustandekommen des Affkommoments erschweren, und werden die Gesellschaft sowohl wie die anderen Gesellschafter ohne Leistungen von allen diesen Schulden ohne Grund frei, wenn man nicht als Remedium gestattet, daß die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger, anstatt durch das Affkommoment des einen Gesellschafters unterzugehen, an den affordirenden Gesellschafter zedirt werden. Sein Konkurs wird aufgehoben, und er tritt nun in Folge dieser Zessionen als einziger Gläubiger der Firma im Firmakonkurse und als Gläubiger der nicht affordirt habenden Gesellschafter auf mit dem Ausfalle, den er an Stelle der dritten Gesellschaftsgläubiger in dem ruhig seinen Fortgang nehmenden Firmakonkurse erlitten hat. Dieß ist der natürlichste Weg, der in einem solchen Falle einzuschlagen ist, und scheint mir dieser Weg überall da, wo er nicht durch das Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen ist, statthaft, gleichgültig ob im Affkommoment mit Zustimmung aller Gläubiger, oder im Zwangsaffkommoment. So scheint mir dieses Verfahren unbedingt statthaft im Geltungsgebiete der D. R. O. und der zürcherischen R. O. In diesen Gesetzen ist das durch die gesetzlichen Majoritäten angenommene Affkommoment nur (abgesehen von einigen

„In questo caso tutto l'attivo sociale é soggetto all'amministrazione ed alle operazioni del curatore. Solamente i beni particolari del socio al quale si consente il concordato ne sono esclusi, e nessuna parte dell'attivo sociale può essere devoluta al soddisfacimento delle obbligazioni derivanti del concordato.“

anderen für unsere Frage nicht importanten Gründen) zu verwerfen, wenn das Affkommodement dem gemeinsamen Interesse der (nicht bevorrechtigten) Konkursgläubiger widerspricht. Es ist dabei natürlich darauf zu sehen, daß die Gesellschaftsgläubiger in einem solchen Affkommodement mindestens so viel erhalten, wie sie im günstigsten Falle bei Durchführung aller Konkurse (der Gesellschaft und der Gesellschafter) zusammengewonnen erhielten<sup>1)</sup>.

Wir selbst ist es im Jahre 1882 nicht ohne viele Schwierigkeiten gelungen, ein derartiges Affkommodement eines Gesellschafters einer Koll.G. ohne Affkommodement der Firma oder des anderen Gesellschafters in der soeben angedeuteten Weise durchzusetzen<sup>2)</sup>. Allgemein wurde zuerst das Bedenken geäußert, daß es nicht statthaft sei, Gläubiger zur Zession ihrer Forderungen zu zwingen. Schließlich gelang es aber, alle Bedenken zu überwinden, und drang die Ansicht durch, daß ein solches Affkommodement ganz wohl in den Rahmen des Gesetzes passe, die Pflicht zur Zession nicht mehr enthalte, als die Verpflichtung zum gänzlichen Verzicht auf den unbezahlten Theil der Forderung, und also nur zu prüfen sei, ob auch wirklich die Interessen der Gläubiger durch das Zwangsaftkommodement wahrgenommen seien.

Es steht natürlich dem Affkommodement eines Gesellschafters kein recht-

<sup>1)</sup> Einen Einwurf könnte ich allfällig noch erwarten, nämlich den, daß das Prinzip der Gleichstellung aller Konkursgläubiger im Affkommodement durch die faktisch vollkommene Gleichstellung der Privatgläubiger eines Gesellschafters mit den auf mehrere Konkurse berechtigten Firmagläubigern durchbrochen sei, indem diese Gleichstellung die ersteren faktisch relativ besser stelle, als sie ohne das Affkommodement gegenüber den Firmagläubigern gestanden hätten. Dieser Einwurf könnte aber — angenommen, daß er richtig wäre — doch nur dazu führen, daß der affordirende Gesellschafter entweder die Zustimmung aller Gesellschaftsgläubiger zu seinem Affkommodement einerseits, oder dann andererseits bei entsprechender Zurückstellung seiner Privatgläubiger die Zustimmung derselben hierzu nachzuweisen hätte. Letzteres dürfte sich faktisch oft nicht allzu schwer machen lassen.

<sup>2)</sup> Es war dieß unter Herrschaft des zürcherischen Konkursgesetzes. Dasselbe enthält aber bezüglich der Erfordernisse für ein Zwangsaftkommodement — abgesehen von den nöthigen Zustimmungsmajoritäten — keine wesentlichen Abweichungen von den angeführten Bestimmungen der D.R.O. Es hat nämlich nach dem Zürcher Gesetz das Gericht dann ein Zwangsaftkommodement zu genehmigen, wenn 1) die Mehrheit aller laufender Gläubiger, die größere Hälfte der laufenden Forderungen vertretend, zustimmt; 2) das Prinzip der Gleichstellung der Gläubiger und das Interesse der Gläubiger durch die Bedingungen des Zwangsaftkommodements gewahrt ist; 3) dem Kreditar kein Vergehen zur Last fällt.

liches **Bedenken im Wege**, wenn er die vollen Forderungen der Gesellschaftsgläubiger berücksichtigt, und ihnen im Uebrigen die Weiterverfolgung ihrer Rechte in den übrigen Konkursen überläßt. Hier fragt sich nur, ob nicht vom Augenblicke des Zustandekommens eines solchen Affkommomens die Gesellschaftsgläubiger das Recht verlieren, ihre ehemaligen vollen Forderungen in den übrigen Konkursen geltend zu machen, und ob nicht vielmehr sie sich eine Reduktion derselben um das, was sie im Affkommoment der affordirenden Gesellschafter erhalten haben, gefallen lassen müssen. Es scheint mir letzteres das einzig Richtige. Denn von dem Augenblicke an, wo ein Theil einer Forderung bezahlt ist, besteht die Forderung des betreffenden Gläubigers eben nur noch aus dem unbezahlten Reste seiner früheren Forderung, und mit mehr als der vollen Forderung kann Niemand konkurriren. Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß eine Bethheiligung dieser Gesellschaftsgläubiger in den anderen Konkursen mit ihrer ehemaligen ganzen Forderung eine unrechtmäßige ist, wo nicht ein positives Gesetz ihnen ganz ausdrücklich dieses Recht gibt. Dieselben Erwägungen finden freilich auch statt, wo der Konkurs eines Gesellschafters vor dem eines anderen Gesellschafters erledigt ist, und dennoch findet hier unzweifelhaft in Deutschland und der Schweiz keine Reduktion der Forderung des Gesellschaftsgläubigers statt. Hier besteht aber die ausdrückliche Gesetzesbestimmung, daß bei Berechnung der Dividenden in den Konkursen der Gesellschafter die Gesellschaftsgläubiger mit dem ganzen Ausfall, den sie im Firkonkurse erlitten, zu berücksichtigen seien.

Eine Schwierigkeit besteht aber darin: Wie findet die Reduktion der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nach dem Affkommoment eines Gesellschafters statt? Wer hat dafür zu sorgen?

De lege ferenda wird Jeder antworten: Der Konkursverwalter von Amtes wegen. Wenn er es aber nicht thut, so dürfte nach den gegenwärtigen Konkursordnungen den anderen am Konkurse Interessirten unter Umständen ein Mittel fehlen, das zu verlangen.

Die Konkursordnungen beschränken die Prüfung der Richtigkeit der Anmeldungen allgemein auf eine bestimmte Zeit, und schließen ein späteres Aendern am Passivetat, wenigstens eine spätere Bethheiligung der Gläubiger an Aenderung des Passivetats aus. Es wäre daher bei Einführung einer neuen Konkursordnung sehr zu wünschen, daß eine bezügliche Gesetzesbestimmung aufgenommen würde.

## C. Anhang.

## § 60.

Rekapitulation derjenigen Punkte, auf welche ich die besondere Aufmerksamkeit der schweizerischen Kommission lenken möchte, welche sich mit Berathung des Entwurfes eines schweizerischen Konkursgesetzes beschäftigt.

- 1) Die Frage, ob der Konkurs (mindestens über Kaufleute) nicht nur nach erfolglosem Rechtsstriebe, sondern schon auf den bloßen Wahrscheinlichkeitsnachweis der Insolvenz des Schuldners von Seiten des Gläubigers, wie im italienischen und deutschen Rechte, zu eröffnen sei (vgl. § 35 dieser Abhandlung).
- 2) Die Frage der Konkursöffnung von Amtes wegen (§ 36).
- 3) Im Falle der Verneinung beider Fragen die Frage der Eröffnung des Konkurses auf Antrag des Gläubigers ohne Rechtsstrieb bei Nachweis des Austrittes der geschäftsführenden Gesellschafter (§ 35).
- 4) Die Frage: Wer kann Namens der Gesellschaft die Insolvenz erklären? Jeder Gesellschafter? Nur ein Geschäftsführender? Nur alle Geschäftsführenden zusammen? Nur alle Gesellschafter zusammen? (§ 37 und D. R. V. 199).
- 5) Die Frage, ob nicht, wenn der Konkurs über die Gesellschaft, aber nicht die Gesellschafter eröffnet ist, ipso jure die Forderungen der Gesellschafter an die Gesellschaft zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger mit Beschlagnahme belegt sein sollen (vgl. §§ 41 und 50).
- 6) Ausdrücklich wäre zu sagen, daß die Forderungen der Gesellschaft an die Gesellschafter im Konkurse nicht in den Aktivetat der Gesellschaft aufzunehmen sind (§ 47).
- 7) Es wäre ausdrücklich zu sagen, daß nur die Konkursmasse der Gesellschafter, nicht ein Pessionar eines Gesellschafters die Forderungen desselben an die Gesellschaft im Konkurse der Gesellschaft geltend machen kann (Anmerkung zu § 47).
- 8) Es wäre ausdrücklich zu sagen, wie weit die Rechte der Gesellschafter im Konkurse der Gesellschaft gehen (vgl. § 49).
- 9) Die Frage ist zu lösen, ob die Firmagläubiger unter Verzicht auf Bethheiligung im Firmakonkurse ihre ganzen Forderungen in den Konkurs der einzelnen Gesellschafter anmelden können (vgl. § 55).
- 10) Es ist die Frage zu regeln, was zu geschehen hat, falls ein Gläubiger in Folge seiner Bethheiligung in mehreren Konkursen mehr als seine ganze Forderung erhalten hat (vgl. § 56).

[www.libtool.com.cn](http://www.libtool.com.cn)

- 11) Es ist zu bestimmen, ob und wann die Forderungen der Gesellschafter unter sich bei Abwicklung der Konkurse über dieselben aufgenommen werden sollen (vgl. § 57), insbesondere daß keine Regreßrechte zu berücksichtigen sind (vgl. § 58).
- 12) Es ist das Verfahren zu ordnen, nach welchem der Passivetat nachträglich noch zu reduzieren ist in Folge von Reduktion von Forderungen durch theilweise Bezahlung in schon erledigten Konkursen solidar haftbarer Schuldner.

*Ergebnis.*



[www.libtool.com.cn](http://www.libtool.com.cn)

[www.libtool.com.cn](http://www.libtool.com.cn)

[www.libtool.com.cn](http://www.libtool.com.cn)

[www.libtool.com.cn](http://www.libtool.com.cn)

