





**Das Verhältniß**  
der  
**Societätsgläubiger zu den Privatgläubigern**  
**im Concurse**

der  
**offenen Handelsgesellschaft**  
(société en nom collectif).

---

Von  
**Johannes Hürlimann,**  
Cantonsprofurator.

**Bürich,**  
gedruckt bei Carl Köhler.  
1846.

Das Verzeichnis

der

Verzeichnisse der in den Provinzialländern

im Verzeichnisse

der

offenen Handelsgesellschaften

(Wohlstand an dem Colosse)

der

Verzeichnisse der

Handelskassen

der

Verzeichnisse der

1846

# DISSERTATIO INAUGURALIS

QUAM

CONSENSU ET AUCTORITATE

ILLUSTRIS JURISCONSULTORUM ORDINIS

IN ALMA

**UNIVERSITATE LITTERARIA TURICENSI**

PRO SUMMIS

**IN UTROQUE JURE**

HONORIBUS

RITE ADIPISCENDIS

DIE XIX. MENSIS DECEMBRIS A. MDCCCXLVI.

PUBLICICE DEFENSURUS EST

AUCTOR

**JOANNES HÜRLIMANN,**

WALDENSI - TURICENSIS.

---

*Opponentibus:* MELCH. HELLER, cand. jur.  
FRID. LOCHER, Dr. jur.  
BERNH. SPYRI, cand. jur.

---

TURICI.

TYPIS CAROLI KOEHLERI.

MDCCCXLVI.



## Vorwort.

Aus dem Concourse der Handelsgesellschaft habe ich in vorliegender Dissertation die Frage zu beantworten mir vorgenommen, in welchem Verhältniß die Societätsgläubiger zu den Privatgläubigern der einzelnen Gesellschafter stehen, ob Erstere wirklich, wie dieß behauptet werden will, aus den Activen der Societät mit Ausschluß der Letztern zu befriedigen seien. Zur Behandlung dieser Frage wurde ich äußerlich dadurch veranlaßt, daß der Grundsatz, es stehe den Societätsgläubigern mit Bezug auf das Societätsgut ein Vorrecht vor den Privatgläubigern zu, auch im zürcherischen Recht geltend gemacht werden wollte und wenigstens einmal (1840) durch die Gerichte geltend gemacht wurde. (S. Schauberg's Beiträge zur zürch. Rechtspflege I. 122 fg.) Von der Wichtigkeit des fragl. Vorzuges und immer mehr auch von dessen Unhaltbarkeit überzeugt, schrieb ich die gefundenen, und nach meiner Ansicht allein richtigen Resultate nieder und legte dieselben als „civilistische Probearbeit zum Staatsexamen“ ein (1845). Obgleich seitdem das zürcherische Obergericht wieder dahin gekommen ist (S. Schauberg's Beiträge VII. 24 fg.), den Societätsgläubigern kein Vorrecht vor den Privatgläubigern einzuräumen, so kann dennoch eine öffentliche Behandlung jener Frage für das zürcherische Recht nicht ohne Interesse sein, besonders so lange der Gerichtsgebrauch noch schwankend erscheint. — Die französische Jurisprudenz, welche nun ein-

mal an dem von ihr aufgefundenen Vorzug fest hält, könnte leicht auch auf das deutsche Handelsrecht in dieser Beziehung einen Einfluß geltend machen, und eine Untersuchung über die Existenz des behaupteten Vorzuges und über die Gründe, auf welche er sich stützt, kann nicht ohne allgemeines Interesse für das Handelsrecht überhaupt sein. Ich habe deswegen jene erste Arbeit noch einmal durchgesehen und von einem möglichst allgemeinen Standpunkt aus überarbeitet. So ist vorliegende Dissertation entstanden. Vielleicht ist es mir nicht in dem Maße, wie ich es wünschte, gelungen, mich von dem, mir zunächst liegenden zürcherischen Rechte und Interesse zu entfernen; aber auch eine zunächst nur für das zürcherische Handelsrecht berechnete Abhandlung würde nicht ohne allgemeines Interesse sein, da das Handelsrecht weniger, als irgend ein anderer Zweig des Privatrechtes an die Grenzen eines einzelnen Staates gebunden ist.

December 1846.

**Der Verfasser.**

#### **Erklärung der Abkürzungen.**

- G. = Gesellschaft.  
 G. Gl. = Gesellschaftsgläubiger.  
 H. G. = Handelsgesellschaft.  
 P. Gl. = Privatgläubiger.  
 S. Gl. = Societätsgläubiger.

Es ist namentlich in der französischen Jurisprudenz die Behauptung aufgestellt worden, daß im Concurse einer Handelsgesellschaft den Gesellschaftsgläubigern bei Vertheilung des Gesellschaftsgutes ein Vorzug vor den Gläubigern der einzelnen Gesellschafter, welche jenen als Privatgläubiger entgegengesetzt werden, zustehet. Dieser Vorzug würde sich factisch so gestalten: vorerst würde das Societätsgut von dem Vermögen der einzelnen Associés getrennt; aus jenem würden dann die Societätsgläubiger mit Ausschluß der Privatgläubiger befriedigt; sollte nach Befriedigung der Societätsgläubiger noch Etwas vom Societätsgute übrig bleiben, was natürlich in der Regel nie der Fall sein wird, so käme dieser Ueberschuß den Privatgläubigern zu; würde das Societätsgut aber zur Deckung aller Societätsschulden nicht hinreichen, so würden die Societätsgläubiger für den nicht bezahlten Theil ihrer Forderungen bei Vertheilung der Privatvermögen der einzelnen Associés mit den Privatgläubigern derselben concurriren. Auf diese Weise würden die Privatgläubiger factisch ganz vom Gesellschaftsgute ausgeschlossen, und müßten überdieß zugeben, daß die Societätsgläubiger noch mit ihnen das übrige Vermögen der Gesellschafter theilen helfen, wobei diese wieder den Vortheil hätten, daß sie sich an jeden einzelnen Gesellschafter halten könnten, weil letztere ihnen solidarisch haften. Die Wichtigkeit des fraglichen Vorzuges springt sogleich in die Augen, und da auch außerhalb der Herrschaft des franzö-

fiſchen Rechtes ſich Verſuche zeigen, denſelben geltend zu machen, ſo glaube ich, es ſei am Plage, denſelben einer genauern Unterſuchung zu unterwerfen.

Wenn in dieſer Abhandlung einfach von der Handelsgellſchaft die Rede ſein wird, ſo geſchieht das nur, um viele Wiederholungen zu vermeiden, und es iſt darunter immer die eigentliche Handelsgellſchaft (offene Handelsgellſchaft, Maſcopei, ſociété en nom collectif) verſtanden.

Um den rechtlichen Charakter des fraglichen Vorzuges aufzufinden, iſt eine Unterſuchung, was die Handelsgellſchaft ſei, unerläßlich. Es gibt nämlich Schriftſteller, wozu namentlich die franzöſiſchen gehören, welche behaupten, die Handelsgellſchaft habe als ſolche ihre beſondern Rechte und Verbindlichkeiten, getrennt von denjenigen ihrer einzelnen Mitglieder, ſie ſei ſolgerichtig ein eigenes Rechtsſubjekt, eine moralische oder juridiſche Perſon. Würde es ſich nun wirklich ergeben, die Handelsgellſchaft müſſe als eine juridiſche Perſon aufgefaßt werden, ſo würde ſich das fragliche Vorrecht unbestreitbar ganz von ſelbſt verſtehen, ja es würde ſeinen Charakter als Vorrecht ganz verlieren und wäre einfach das Recht des Gläubigers, ſich zur Bezahlung ſeiner Forderung an die Perſon und das Vermögen ſeines Schuldners zu halten. Wir hätten in dieſem Falle zwei ganz verſchiedene Rechtsſubjekte, jedes mit ſeinen eigenen beſondern Activen und Paſſiven, auf der einen Seite die Geſellſchaft mit dem Societätsgut und den Societätsgläubigern, auf der andern Seite die Geſellſchafter mit ihrem Privatvermögen und ihren Privatgläubigern. Die Societätsgläubiger würden ſich an ihren Debitor, die Societät,

und an deren Vermögen, das Societätsgut, halten; die Privatgläubiger aber an die einzelnen Gesellschafter, mit denen sie contrahirten, und an das Vermögen derselben. Auf diesem Wege kommen die betreffenden Juristen wirklich sehr leicht darauf, daß die Societätsgläubiger sich mit Ausschluß der Privatgläubiger aus dem Societätsgute befriedigen können. Das ist sehr einleuchtend; aber eben so gut leuchtet ein, daß man so noch zu ganz andern Resultaten kommt, daß man namentlich mit dem gleichen Rechte ein Ausschließungsrecht der Privatgläubiger gegenüber den Societätsgläubigern mit Beziehung auf das Privatvermögen der einzelnen Associés behaupten kann und muß. Ich werde unten die aus der Annahme, die Handelsgesellschaft sei eine juristische Person, nothwendig sich ergebenden Consequenzen genauer ins Auge fassen, glaube jedoch, es falle jetzt auch einem flüchtigen Blicke schon auf, daß diese Annahme auf Resultate führt, welche an ihrer Unhaltbarkeit nicht mehr zweifeln lassen.

Würde es sich aber zeigen, daß die Handelsgesellschaft kein neues Rechtssubjekt bilde, dann sind es die einzelnen Gesellschafter, die in allen Rechtsverhältnissen, welche die Societät betreffen, als berechtigt und verpflichtet erscheinen. Das Societätsgut gehört also nicht einer fingirten Einheit, der Gesellschaft als juristischer Person, sondern den Gesellschaftern zu ideellen Theilen, und Schulden der Gesellschaft sind nichts Anderes als Schulden der einzelnen Mitglieder derselben. Gesellschaftsgut und Privatgut sind nicht mehr Vermögen verschiedener Subjekte, sondern verschiedene Vermögenscomplexe desselben Subjektes. Das Vermögen jedes Gesellschafters besteht dann aus seinem Privat-

vermögen und der ihm zufallenden Nuta des Societätsgutes. Der fragliche Vorzug der Societätsgläubiger tritt uns nun als das Recht entgegen, sich an einem besondern Theile des Vermögens des Gemeinschuldners, mit Ausschluß der übrigen Gläubiger, zu befriedigen. Da versteht er sich nicht von selbst, er erhält die Natur eines Privilegiums. Als stillschweigendes oder gesetzliches Pfandrecht kann der Vorzug nicht aufgefaßt werden, denn es fehlt ihm die Natur eines dinglichen Rechtes, auch nicht als *privilegium erigendi*, weil er sich nicht auf das ganze Vermögen des Creditors bezieht; er erscheint als Separationsrecht (*jus s. beneficium separationis, quasi separationis*). Die Societätsgläubiger verlangen, daß das Societätsgut zu einer besondern Masse, einem Partikularconcurse ausgeschieden werde, und daß sie daraus, mit Ausschluß der Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter, befriedigt werden.

Es handelt sich also vorerst um die Frage: Ist die Handelsgesellschaft eine juristische Person? und ich könnte billig für das gemeine deutsche Recht dieselbe ohne viele Worte, bloß mit Hinweisung auf einige der bewährtesten Schriftsteller, einfach verneinen, wenn es mir nicht daran gelegen wäre, dadurch, daß ich eine einläßlichere Begründung versuche, zugleich auf die Unhaltbarkeit der Ansichten der französischen Juristen aufmerksam zu machen, und die Versuche, diese Ansichten auch für das deutsche Handelsrecht geltend zu machen, zu widerlegen. Kein Theil des Privatrechtes ist so sehr *juris gentium*, im Sinne des römischen Rechtes, wie das Handelsrecht. Die hauptsächlichsten Institute desselben erscheinen ihrem Wesen nach in allen civilisirten, handelntreibenden Staaten als dieselben, und es darf

namentlich mit Beziehung auf die Handelsgesellschaften gesagt werden, daß für sie besonders auffallend überall wesentlich die gleichen Grundsätze gelten. Folgt nun aus dem Wesen der Handelsgesellschaft, daß sie ein neues, selbstständiges Rechtssubjekt bilde, so wird das nicht nur für das französische Handelsrecht, sondern im Allgemeinen angenommen werden müssen; läßt sich aber im deutschen Handelsrecht und aus der Natur der Sache nachweisen, daß jene Auffassung ohne Sinn sei und zu Unsinn führe, so werden auch die französischen Juristen und wer immer damit auftritt, keinen Sinn hinein bringen, dieselbe also mit Erfolg nicht geltend machen können.

Der juristische Begriff der Persönlichkeit fällt zusammen mit dem der Rechtsfähigkeit. Rechte können nur, wo Personen sind, vorkommen, und unter Person im technisch = juristischen Sinne des Wortes, versteht man ein Wesen, welches Subjekt von Rechten sein kann. Jetzt ist jeder Mensch rechtsfähig, also Person. Erscheint Etwas außer dem einzelnen Menschen als Subjekt von Rechten und Verpflichtungen, so wird hiefür eine Person fingirt. Diese zu juristischem Zwecke angenommene Person wird im Gegensatz zu den einzelnen Menschen, als physischen Personen, juristische Person genannt. <sup>1)</sup> Weil man annahm, die Gesellschaft habe als solche Rechte und Verbindlichkeiten, getrennt von denjenigen ihrer Mitglieder, so mußte

<sup>1)</sup> Götzen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, herausgegeben von Exleben. Göt. 1838. I. 116. 200. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1840. II. 1. 236.

ihr eine Persönlichkeit beigelegt werden, und als juristische Person aufgefaßt, gehört sie zu denselben, die in einer Anzahl physischer Personen, die sich vereinigt haben, eine sichtbare Erscheinung haben und als das Resultat dieser Vereinigung erscheinen. Dergleichen juristische Personen werden *Universitates*, *Corporationen*, *Gemeinheiten* genannt. 1) Das Charakteristische derselben besteht darin, daß sie eine eigene, selbstständige Rechtssphäre haben, ein von den einzelnen Mitgliedern, welche sie bilden, so zu sagen, ganz unabhängiges Dasein, und daß sie eigentlich zu langer, man kann sagen, ewiger Dauer bestimmt sind. Die Einzelnen treten vor der Einheit ganz in den Hintergrund. Besonders wichtige Folgen davon sind, daß in den Rechtsverhältnissen, welche sich auf die juristische Person beziehen, das Subjekt der Rechte und Verpflichtungen nicht in den einzelnen Mitgliedern, selbst nicht in allen Mitgliedern zusammengenommen, sondern in dem idealen Ganzen besteht. Alle jene Rechtsverhältnisse beziehen sich ganz und ungetheilt auf dieses Ganze, keineswegs auf die einzelnen Mitglieder. Das Eigenthum z. B. bezieht sich ungetheilt auf die juristische Person, und die einzelnen Mitglieder haben daran keinen Antheil. Ihre Forderungen und Schulden betreffen wieder lediglich sie selbst, die einzelnen Mitglieder werden davon gar nicht berührt. Wer Etwas an die juristische Person zu fordern hat, darf sich an die Einzelnen nicht halten, sondern hat nur jene zum Debitor. 2)

1) v. Savigny, System. II. 243. Göschel, Vorlesungen. I. 201.

2) v. Savigny, System. II. 243. 284. 295. Göschel, Vorlesungen. I. §. 64. v. Wenning-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5. Aufl. I. §. 67. I. 8. §. 1. D. de div. rerum. (1, 8.) I. 7. §. 2. D. quod cuj. un. (3, 4.)

Geräth sie in Conkurs, was, da sie Vermögensrechte hat, möglich ist, so trifft das nur sie, nicht die Einzelnen. Es wird aus ihrem Vermögen eine Masse gebildet, und nur an diese können sich ihre Creditoren und nur ihre Creditoren halten. Alle Glieder können solvent bleiben, wenn sie in Conkurs fällt, und umgekehrt wäre es möglich, daß alle Einzelnen in Conkurs kämen und daß dabei sie selbst solvent bliebe. 1) Der Wechsel einzelner, ja selbst aller individuellen Mitglieder, afficirt die ideale Einheit nicht. Die mit Tod abgehenden Mitglieder können durch andere ersetzt werden, ohne daß das Ganze einer Veränderung unterliegt. 2)

Soll nun die Behauptung, die Handelsgesellschaft sei eine juristische Person, irgend welchen Sinn haben, so müssen auch die Grundsätze und Folgerungen, welche sich nothwendig aus dem Wesen der juristischen Person ergeben, auf sie Anwendung finden. Man müßte demgemäß auf folgende Hauptsätze kommen:

1) Die Societätsgläubiger halten sich zu ihrer Befriedigung allerdings an das Societätsgut, und schließen davon die Gläubiger der einzelnen Gesellschafter aus; aber, wie schon oben angedeutet, im gleichen Augenblick und unzertrennlich von diesem Sage, ergibt sich auch:

2) Die Privatgläubiger befriedigen sich, mit Ausschluß der Societätsgläubiger, aus dem Privatvermögen der einzelnen Associés.

3) Die Gesellschaft kann in Conkurs gerathen, ohne daß über die einzelnen Gesellschafter der Conkurs ausbricht, da die

1) Schweppe, System des Concurses der Gläubiger. 1824. §. 24.

2) v. Savigny, System. II. 243.

Schulden der Gesellschaft die Mitglieder, aus denen sie besteht, nicht berühren.

4) Die Gesellschaft kann solvent bleiben und fortbestehen, wenn auch alle Gesellschafter in Concurſ fallen.

5) Die Gesellschaft besteht als die gleiche mit ihren Activen und Passiven fort, wenn schon ihre Mitglieder sich verändern.

Von der im gegenwärtigen Handelsrechte bekannten und speziell ausgebildeten Handelsgesellschaft gelten aber, allgemein anerkannt, ganz andere Bestimmungen, und diese Grundsätze auf sie anwenden, hieße ihr innerstes Wesen zernichten und sie zu einem völlig andern Institute umgestalten. Was den unter 1. aufgestellten Vorzug der Gesellschaftsgläubiger in Beziehung auf das Gesellschaftsgut betrifft, so ist er es eben, welcher hier einer genauern Prüfung unterworfen wird. Was die unter 2. bis 5. aus dem Begriff der juristischen Person abgeleiteten Grundsätze betrifft, so wird unbestreitbar einstimmig, auch die Juristen, welche behaupten, die Handelsgesellschaft sei eine juristische Person, nicht ausgenommen, das Gegentheil als für die Handelsgesellschaft geltend angenommen.

Es ist gerade das Charakteristische der H. G., daß die einzelnen Gesellschafter es sind, welche persönlich für die Schulden der Societät, überhaupt für Alles, was für dieselbe von einem ihrer Mitglieder eingegangen wird, haften. Die modificirende Einwirkung des neueren Handelsrechtes hierbei dient nicht dazu, die H. G. dem Begriff der juristischen Person näher zu bringen, sondern im Gegentheil, die persönliche Haft wird dadurch vergrößert. Die Einzelnen haften, wenn man sich so ausdrücken darf, noch persönlicher, indem der Grundsatz allgemeine Gel-

tung sich erworben hat, daß jeder Gesellschafter für Gesellschaftsschulden in solidum haftet. Die Einzelnen sind immer das verpflichtete Subjekt, so wie auch die Rechte den Einzelnen zu ideellen Theilen zustehen. Die Einheit tritt in keinerlei Weise als etwas Selbstständiges, als Rechtssubjekt hervor, sondern immer ist es die Rücksicht auf die Einzelnen, auf die Vielheit, welche leitet. Die Schulden der G. sind eigentlich Schulden der Gesellschafter. So lange ein Mitglied der G. solvent bleibt, wird die G. nicht insolvent, und im Falle des Unvermögens entsteht der Concurß über die Einzelnen. 1) Vom Concurß der H. G. kann nur uneigentlich gesprochen werden, und es ist darunter immer der Concurß der einzelnen Gesellschafter verstanden. Daß die Gesellschafter Inhaber des Societätsgutes sind, ergibt sich auch daraus, daß, wenn ein Einzelner in Concurß kommt, sein Antheil am Societätsgut ebenfalls zur Concurßmasse gezogen wird, ja daß sogar unter gewissen Umständen jeder Einzelne Auslösung der G. und Theilung des Gesellschaftsgutes fordern kann. Wenn man sagt, die H. G. hat oder soll, so ist das nur der kürzere und allgemein übliche Ausdruck dafür, daß alle einzelnen Gesellschafter haben und sollen. Auf den ersten Blick könnten vielleicht Ausdrücke, wie Gesellschaftsgut, Gesellschaftsschulden u. dgl., darauf leiten, der G., als Einheit, Rechtsfähigkeit, also auch Persönlichkeit, zuzuschreiben, aber auch nur auf den ersten Blick, denn auf diese Weise müßte man dazu kommen, jede Vereinigung von Personen, die einen eigenen Namen hat, als juristische Person aufzufassen, und um nur auf das zunächst Liegende hinzuweisen, es wäre auch die gewöhnliche G., welche man der H. G. gegenüber als Civilgesellschaft be-

1) Schwegge, Concurß. §. 24.

zeichnen kann, eine juristische Person. Viele französische Juristen sind wirklich, wie wir unten sehen werden, so weit gegangen, das zu behaupten, es wäre aber Zeit und Mühe auf unnütze Weise verloren, wenn ich mich hier damit abgeben wollte, zu beweisen, daß weiß nicht schwarz sei: die *societas privata* und die *universitas* werden trotz jedes noch so gelehrten *Raisonnements* Gegensätze bleiben. Die Römer kennen einzelne *societates*, welche Corporationsrechte erworben haben; dieselben sind aber genau bezeichnet, und diejenigen, welchen solche Rechte nicht eingeräumt sind, werden jenen als Privatgesellschaften (*societates privatae*) gegenüber gestellt. <sup>1)</sup>

Bei der Handelsgesellschaft, wie bei der Civilgesellschaft, ist in allen Verhältnissen die Rücksicht auf jeden Einzelnen, welcher sie bilden hilft, maßgebend. Das zeigt sich bei deren Eingehung, bei den Rechtsverhältnissen während ihrer Dauer, sowie bei ihrer Auflösung. Durchgehends stoßen wir auf Erscheinungen, welche die Auffassung derselben als juristische Person durchaus unmöglich machen. Ich will fast zum Ueberflus noch auf einige, jedoch mehr untergeordnete, Punkte hinweisen.

Zur Entstehung der H. G. genügt der Consens der Einzelnen. Alles beruht auf gegenseitigem Zutrauen; durch die Willkür mehrerer zusammentretenden Mitglieder entsteht aber keine juristische Person. *Savigny* macht darauf aufmerksam, wie gefährlich ein solcher Grundsatz für den Rechtszustand werden müßte. <sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> *Heineccius*, *Antiq. Rom. syntagma* 1730. lib. III. tit. 23. No. 14 et 15.

<sup>2)</sup> v. *Savigny*, *System*. II. 275. Vgl. v. *Wening=Jungenheim*, *Lehrbuch*. I. S. 67. pag. 175.

Schon Zwei genügen zur Bildung einer G. G., während zu einer Corporation nach gemeinem Recht wenigstens drei Mitglieder nöthig sind. 1)

Der Tod eines Associés, selbst der bloß bürgerliche Tod, hebt eine G. G. auf; werden neue Associés aufgenommen, so bildet sich eine neue G., während, wie schon bemerkt, das Dasein einer juristischen Person von demjenigen ihrer Glieder ganz unabhängig ist; sie besteht fort, so lange ein Glied lebt; 2) Savigny 3) führt sogar ein Beispiel an, wonach sie nicht immer durch den Tod aller Mitglieder aufhört. Die Unabhängigkeit des Wesens der Corporation von dem Wechsel der individuellen Mitglieder bezeichnet in einem treffenden Bilde Blackstone. 4)

Wie die Entstehung, so kann auch die Auflösung der einmal begründeten juristischen Person nicht von der Willkür der gegenwärtigen Mitglieder allein abhängen. Es herrscht Streit unter den Gelehrten, wer auf Auflösung dringen könne; 5) jedenfalls aber steht fest, daß ein Einzelner nicht Auflösung der juristischen Person und Theilung des Vermögens derselben verlangen kann.

1) l. 85. D. de V. S. (50, 16).

2) l. 7. §. 2. D. quod cuj. un. (3, 4).

3) Savigny, System. II. 280.

4) Commentaries on the laws of England. 5. ed. Oxford 1773. I. 468. »All the individual membres that have existed from the foundation to the present time, or that shall ever hereafter exist, are but one person in law, a person that never dies; in like manner as the river Thames is still the same river, though the parts which compose it, are changing every instant.«

5) Savigny, System. II. 283. 350.

Jeder Unbefangene muß einsehen, daß keine einzige Rechtsregel, welche auf die H. G., als juristische Person aufgefaßt, angewandt werden müßte, auf die jetzt in der Handelswelt bekannte H. G. paßt, noch auf diese angewandt werden kann, ohne ihr Wesen selbst zu zerstören. Diejenigen, welche behaupten, die H. G. sei eine juristische Person, haben offenbar Etwas, das erst noch zu schaffen ist, im Auge, das aber dann mit einer juristischen Person auch einige Ähnlichkeit hat. Wenn es sich darum gehandelt hätte, Gegensätze aufzufuchen, so könnte man eher begreifen, daß man auf die H. G. und eine juristische Person gekommen wäre.

An consequente Durchführung des Satzes, die H. G. sei eine juristische Person, hat wohl noch Niemand gedacht, ohne sogleich von dessen Grundlosigkeit sich zu überzeugen; man wollte nur einen Augenblick daran festhalten, um den fraglichen Vorzug der Societätsgläubiger zu retten. Mit der Fiktion der juristischen Person ist aber für diesen Vorzug Nichts gewonnen, denn abgesehen davon, daß sie jedes Grundes ermangelt, führt sie nothwendig auf andere Resultate, als man dadurch zu begründen suchte; man müßte anders behaupten wollen, die H. G. sei so lange eine juristische Person, bis die Gesellschaftsgläubiger das Gut ihres Debtors, der G., vertheilt haben; sobald dann aber die Privatgläubiger, mit dem gleichen Rechte, die Güter ihrer Debitoren, der einzelnen Associés, theilen wollen, dann habe die H. G. aufgehört, eine juristische Person zu sein, dann sei die Fiktion zu Ende. Es versteht sich aber von selbst, daß Keiner, welcher einigermaßen auf Bildung, ich will nicht sagen, auf juristische Bildung, Anspruch macht, so raison-

niren wird. Die Activen würden, auf diese Art zu schließen, der G. als Ganzes zustehen, die Passiven aber auf den einzelnen Gesellschaftern ruhen; wir hätten ein Rechtssubjekt mit Rechten, aber, so zu sagen, frei von Verbindlichkeiten. Die Annahme einer juristischen Person für Handels societäten kann nicht als das Resultat einer unbefangenen wissenschaftlichen Forschung betrachtet werden; sie ist eher hervorgegangen aus einem Haschen nach einer Begründung des fraglichen Vorzugs der G. Gl. Das Resultat wissenschaftlicher Untersuchungen soll aber nicht anticipirt sein. Die Juristen, welche dem fraglichen Vorzuge huldigen, sowie der juristischen Person, bewegen sich in einem merkwürdigen Zirkel; die G. ist ihnen eine moralische Person, weil sie eigene Rechte und Verbindlichkeiten hat, d. h. weil ihr Gut ihren Schulden vorzugsweise haftet; und umgekehrt hinwieder, die Societätsschulden werden vorzugsweise aus dem Societätsgute befriedigt, weil die G. eine juristische Person ist. Beide Annahmen sind eben so gewagt als grundlos und sollen sich gegenseitig den Dienst rechtlicher Begründung leisten.

Wenn wir das Wesen d. H. G. nicht opfern wollen, so müssen wir die Idee aufgeben, sie unter die juristischen Personen zu zählen, es lassen sich sonst Sätze herleiten und beweisen, an die in der juristischen und Handelswelt Niemand denkt, und eine bloß theilweise Subsumtion unter diesen Begriff führt auf Ungereimtheiten.

Die H. G. beruht auf gegenseitig persönlichem Zutrauen der einzelnen Mitglieder. Ihre Existenz ist innig mit derjenigen der einzelnen Individuen, welche sie bilden, verbunden; der Wechsel auch nur eines derselben zerstört sie. Neue Gesellschafter

können wohl aufgenommen werden, aber damit entsteht selbst eine neue G.; die alte, die ihr Dasein gerade der Vereinigung der betreffenden Glieder verdankte, hört auf, sobald die G. selbst aufhört, die Vereinigung jener ursprünglichen Mitglieder zu sein. Die Rücksicht auf die Persönlichkeit der Einzelnen herrscht in allen Verhältnissen der H. G.; nie tritt die Idee einer Einheit hervor, welche gewissermaßen alle Rechte in einem Brennpunkte vereinigte. Begriff, Eingehung und Auslösung, Rechte und Verbindlichkeiten, welche durch dieselbe erzeugt werden, gleichen bis auf wenige außerwesentliche Einzelheiten demjenigen, was wir bei der gewöhnlichen Societät treffen, und am nächsten liegt uns der Gedanke, die H. G. selbst sei Nichts Anderes, als eine Art der gemeinen Societät. Bluntschli<sup>1)</sup> bezeichnet das Wesen der römischen *universitas* und *societas* mit folgenden kurzen Worten: „Während das Charakteristische der römischen *universitas* darin besteht, daß ein neues Rechtssubjekt künstlich erzeugt wird, die Gesamtheit, vor welchem die Rechte der einzelnen Glieder dieser Gesamtheit völlig in den Hintergrund treten oder ganz verschwinden: so ist es dagegen der G. eigenthümlich, daß hier die Herrschaft der einzelnen Gesellschaftsglieder vollständig erhalten bleibt und die Verbindung dieser Gesellschafter keineswegs als Einheit sich darstellt. Dort werden die sämtlichen Rechte gewissermaßen in einem Brennpunkte vereinigt und von der Idee der Einheit absorbiert. Hier stehen sie zu ideellen Theilen, von denen aber jeder für sich selber besteht, den mehreren einzelnen Personen zu.“ — Wenn es sich nur darum handelte, die H. G. unter einen dieser Begriffe zu subsumiren,

<sup>1)</sup> Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich. Zürich 1838. I. 81.

so wären wir bald damit fertig, uns für die Societät zu entscheiden. Man könnte aber noch behaupten wollen, keiner dieser Begriffe passe vollkommen auf unsere *S. G.*, diese sei ein den Römern völlig fremdes und erst den neuern europäischen Völkern eigenthümliches Institut, auf das daher die Anwendung römisch-rechtlicher Grundsätze nicht passe. Dagegen läßt sich von vorneherein einwenden, daß es sehr auffallend wäre, wenn wir das Institut der *S. G.* nicht schon bei den Römern ausgebildet anträfen, sie, welche die Lehren der Civilsocietät so meisterhaft ausbildeten, und in deren großem Reiche mit nicht sehr einfachen Verhältnissen der Handel wohl bedeutend sein mußte. Die Römer betrachteten den Großhandel durchaus nicht als unehrenhaft. <sup>1)</sup> Alle Provinzen waren voll römischer Kaufleute. In Asten sollen sich 80,000 Römer in Handelsangelegenheit (*negotiandi gratia*) aufgehalten haben. <sup>2)</sup> Es bestanden große Handelsgesellschaften, welche meistens einen politischen Charakter und Corporationsrechte erhalten hatten. In den römischen Rechtsquellen selbst finden sich viele Bestimmungen über handelsrechtliche Verhältnisse, und wir vermiffen namentlich die Art der Societät nicht, deren Zweck Betreibung eines Handelsgeschäftes ist. <sup>3)</sup> Als Arten der Societät werden aufgezählt: <sup>4)</sup>

1) Die *societas universalis*; diese geht auf

a) Gemeinheit alles Vermögens (*societas omnium bonorum, universarum fortunarum*);

<sup>1)</sup> Cicero, de off. I. 42.

<sup>2)</sup> Val. Max. IX. 2 No. 3.

<sup>3)</sup> Treitschke, Lehre von der Gewerkschaft und Commandite. 1844. §. 2.

<sup>4)</sup> I. 1. §. 1. — I. 3. §. 1. — I. 73. pr. — I. 7. — I. 5. pr. D. pro soc. (17, 2.) pr. J. de soc. (3, 25.)

b) Gemeinheit alles Erwerbes oder Gewinnes.

2) Die *societas singularis s. particularis*. Diese kann eingegangen werden:

a) zu einem einzelnen Geschäft (*societas unius rei*);

b) zu einer gewissen Art von Geschäften (*societas particularis certae negotiationis*). Wiederholter Betrieb ist dabei wesentlich. Da ist unsere Handelsgesellschaft; <sup>1)</sup> sie ist diejenige *societas*, welche zur Betreibung eines gewissen Gewerbes eingegangen wird. Sie ist nicht erst ein Produkt der neuern europäischen Handelsverhältnisse, für welche die Rechtswissenschaft neue Begriffe und eine neue Terminologie zu suchen hätte.

Daß die *H. G.*, wie solche im heutigen Handelsrechte erscheint, Nichts enthält, das ihr einen, von der dem römischen Rechte bekannten, ganz verschiedenen Charakter aufprägt, wodurch eine Subsumtion unter den Begriff der gemeinen *Societät* unmöglich gemacht und die Annahme einer juristischen Person nöthig werde, geht aus einer Vergleichung der *H. G.* mit der *Societät* hervor.

Die *Societät* ist eine Vereinigung Mehrerer zu einem gemeinschaftlichen Zwecke mit gemeinschaftlichen Mitteln. Bei der *H. G.* ist der gemeinschaftliche Zweck, Betreibung eines Handelsgewerbes. <sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> Thöl, das Handelsrecht. 1841. S. 34. pag. 109. — Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. S. 961.

<sup>2)</sup> Thöl, Handelsrecht, S. 35. p. 109. Mittermaier, Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts. S. 554. 555. Bender,

Die Societät begründet ein engeß persönliches Band unter den socii, sie werden unter sich wie Brüder angesehen. <sup>1)</sup> (Socii fratrum instar habentur. — Societas jus quodam modo fraternitatis in se habet.) Bei den H. O. weist schon die deutsche Benennung, Mascopei, auf eben dieses enge Band hin, welches die Gesellschafter umschließt. Der Name Mascopei kommt von Mage, das ist ein Verwandter, woraus Magschaftei oder Mascopei. Heineccius <sup>2)</sup> bemerkt hierüber: „Solche teutsche Benennung nun, welches allerdings zu bewundern ist, kommt mit der Beschaffenheit dieses Contractes, so wie er bei den alten Römern gebräuchlich gewesen ist, sehr genau überein.“

Zur Eingehung ist bei der H. O., wie bei der Societät, nur Consens der betreffenden Glieder nöthig. Eintragung in ein Regionenbuch u. dgl. sind außerwesentliche und meistens partikularrechtliche Bestimmungen. <sup>3)</sup>

Ueber die Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschafter unter sich und in Ansehung dritter Personen gelten bei der Societät und bei der H. O. die gleichen Bestimmungen, nur ist es bei H. O. Regel geworden, daß die Gesellschafter für Alles, was von den Einzelnen für die G. eingegangen wird, in solidum haften. Diese regelmäßig solidarische Haft und

---

Grundsätze des deutsch. Handelsrechtes. 1824. I. §. 145. p. 303.

Meno Böhl's Darstellung des gemeinen deutschen und des Hamburgischen Handelsrechtes. 1828. I. 217. — Treitschke, Gewerbsgesellschaft. §. 2.

<sup>1)</sup> Glück, Pandekten. tit. pro socio §. 961. p. 395. l. 63. pr. D. pro socio.

<sup>2)</sup> Elementa jur. civ. sec. ord. Dig. 1774. 4. ed. tit. de soc. §. 941.

<sup>3)</sup> Mittermaier, Privatrecht. §. 555.

die damit in genauer Verbindung stehende Firma ist dem neuen Handelsrecht eigenthümlich. Diese Eigenthümlichkeit wäre aber eher geeignet, die H. G. von dem Begriffe einer juristischen Person auszuschließen, als näher zu bringen. Das persönliche Band wird dadurch, wo möglich, noch enger geknüpft, die Rücksicht auf den Einzelnen tritt noch als wesentlicher hervor. Das römische Recht kennt die solidarische Haft wohl, aber mehr ausnahmsweise, sie kommt besonders bei'm Verhältniß der Instatoren zur Sprache. Eine präsumirte gegenseitige *praepositio institoria* unter den *socii* würde Alles erklären; es ist aber einfacher, den Grund der solidarischen Haft im heutigen Handelsgebrauch zu suchen. 1) Von der Firma und dem, was damit zusammen hängt, unten.

Die Aufhebungsgründe sind bei der Societät und H. G. dieselben: Gemeinsame Zustimmung der Gesellschafter; einseitige Aufkündigung unter gewissen Verhältnissen; Tod oder Concurß eines Gesellschafter's; Ablauf der Zeit u. s. w. 2)

Daß unsere H. G. zu den Societäten gehört und auch nach den Vorschriften des römischen Rechts über *Societas* zu beurtheilen ist, darin stimmen alle Schriftsteller über gemeines Recht, wie auch besonders diejenigen über Handelsrecht, überein.

- 
- 1) Maurenbrecher, Lehrbuch des heut. gem. deutschen Rechts. 1832. S. 347. a.  
 2) Mittermaier, Privatrecht. S. 557. Böhl's Handelsrecht. S. 96. Treitschke, Gewerbsgesellschaft. S. 70. Brakenhoeft, im Rechtslexikon von Weiske s. v. Handelsgesellschaft. pag. 79. l. 65. S. 1. pro soc. (17, 2.) l. 4. S. 1. h. l.

Mittermaier <sup>1)</sup> bezeichnet im Allgemeinen das römische Recht auch als Quelle des Handelsrechts und tadelt, daß dasselbe von Manchen ohne Grund beschränkt werde. Ueber die Handelsgesellschaften sagt er dann noch ausdrücklich: <sup>2)</sup> „Es entscheiden dabei die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über *societas* überhaupt.“

Gichhorn <sup>3)</sup> sagt, mit Mittermaier übereinstimmend, der Handel, welcher von Mehrern in Gesellschaft betrieben wird, begründe ein Verhältniß, das unter den Regeln des römischen Rechts von der Societät stehe.

Glück führt die *Mascopei* oder Compagniehandlung als eine Art der römischen Societät auf, als identisch mit der *societas negotiationis*.

Heineccius <sup>4)</sup> verweist auf die auffallende Identität der *Mascopei* und der römischen Societät.

Bender <sup>5)</sup> bemerkt, es sei nicht nöthig, über den Gesellschaftshandel allgemeine Grundsätze voranzuschicken, weil in dieser Hinsicht schon das gemeine Recht entscheide.

Meno Böhl <sup>6)</sup> sagt ebenfalls, die Handelsocietät müsse aus dem römischen Recht beurtheilt werden. Mit Bezug auf das hamburgische Handelsrecht bemerkt er besonders <sup>7)</sup>, daß auch in Hamburg bei der Handelsocietät das gemeine Recht anzuwenden sei.

1) Privatrecht. §. 25.

2) Ebendaf. §. 554.

3) Einleitung ins deutsche Privatrecht. §. 387.

4) oben pag. 17. Note 2.

5) Handelsrecht. §. 145. I. 303.

6) Handelsrecht. I. 210 und §. 15.

7) Ebendaf. I. 226.

Brakenhoest <sup>1)</sup> stimmt bei, daß die H. G. nach den gewöhnlichen Grundsätzen über Gesellschaften zu beurtheilen sei.

Maurenbrecher <sup>2)</sup> sagt wörtlich von der offenen Gesellschaft: „Das Verhältniß der Associés unter einander beruht durchaus auf den Grundsätzen der Societät: sie stehen in Gütergemeinschaft und gelten in Beziehung auf Sachen als Miteigenthümer zu ideellen Theilen.“

Philipp <sup>3)</sup> will die Handelsgesellschaft in jedem Fall nach den Regeln des römischen Rechts von der societas beurtheilt wissen.

Damit ist natürlich auch übereinstimmend die Ansicht verworfen, daß die H. G. ein neues Rechtssubjekt sei. Die meisten der angeführten Rechtslehrer haben wohl kaum an die Möglichkeit gedacht, daß Jemand sie so auffassen werde. Einige jedoch finden sich veranlaßt, noch ausdrücklich auf das Irthümliche einer solchen Auffassung, falls sie etwa auch für das deutsche Handelsrecht versucht werden wollte, hinzuweisen.

Mittermaier <sup>4)</sup> sagt, die offene Gesellschaft dürfe nicht als ein neues Rechtssubjekt, eine juristische Person, angesehen werden.

Thöl <sup>5)</sup> bemerkt, die H. G. habe kein besonderes Domicil, weil sie keine juristische Person sei; als solches gelte nicht etwa der Ort, wo das Handelsetablisement ist, sondern es sei bei Rechtsverfolgungen gegen jeden Gesellschafter nach seinem forum domicilii zu verfahren, da Jeder als ein individuelles Rechts-

<sup>1)</sup> Rechtslexikon. p. 74.

<sup>2)</sup> Deutsches Recht. §. 347.

<sup>3)</sup> Grundsätze d. gemeinen deutschen Privatrechts. 1829. II. 239.

<sup>4)</sup> Privatrecht. §. 555.

<sup>5)</sup> Handelsrecht. §. 19. p. 58.

subjekt hafte. Ferner im §. 39: „Die Ansicht, welche die Firma für eine jur. Person erklärt, läßt sich weder auf das Wesen der Verhältnisse, noch auf allgemeine Rechtsgrundsätze, noch auf eine kaufmännische Rechtsüberzeugung zurückführen.“

Maurenbrecher <sup>1)</sup> weist nach, daß durch die Firma die H. G. nicht zu einer moralischen Person werde, und Treitschke <sup>2)</sup> bemerkt, das bedürfe wohl für die deutsche Jurisprudenz keiner Erwähnung.

Für das deutsche Handelsrecht wenigstens, ja man darf sagen, für das allgemeine Handelsrecht oder für das Handelsrecht jedes civilisirten Staates, steht unzweifelhaft fest, daß die offene H. G. keine jur. Person ist; zur Begründung des in Frage stehenden Vorzuges der Societätsgläubiger läßt sich mithin hieraus Nichts ableiten.

Wir sind zu dem Resultate gelangt, daß die H. G. nach den Grundsätzen über Societät zu beurtheilen ist. Alle Rechtsverhältnisse, welche die G. betreffen, beziehen sich demnach auf die einzelnen Gesellschafter. Gesellschaftsschulden sind Schulden der Gesellschafter, und Gesellschaftssachen sind Eigenthum der Gesellschafter zu ideellen Theilen. Ueber das Erstere ist Jedermann einverstanden; dagegen wurde gefragt, wer Eigenthümer der Gesellschaftssachen sei. Hierüber sind hier zwei Ansichten aus einander gehalten worden. Es wurde angenommen, entweder haben die Gesellschafter Miteigenthum zu ideellen Theilen, oder die Gesellschaft, als fingirte Person, habe Alleineigenthum, es

<sup>1)</sup> Deutsches Recht. §. 347.

<sup>2)</sup> Gewerbsgesellschaft. §. 11. Anmerkung 2.

sei auf subjektiver Seite entweder eine Societät oder eine jur. Person vorhanden. Dadurch, daß wir bestimmt dahin gekommen sind, wir haben es mit einer Societas und mit Miteigenthum zu thun, bin ich der Untersuchung überhoben, ob nicht ein Drittes möglich sei, ob es nämlich nicht eine dritte Art von Eigenthum und diesem entsprechend eine dritte Art von Rechtssubjekten gebe, und ob vielleicht die S. G. hierzu gehöre. Es ist im deutschen Privatrecht von einigen Rechtslehrern so Etwas aufgefunden und angenommen worden. Nach ihnen können die Eigenthumsverhältnisse Mehrerer zu einer Sache nicht bloß so geordnet werden, daß diese Mehreren als eine Person gedacht werden, der das Eigenthum ganz zusteht, oder daß sie Alle Miteigenthum haben, sondern auf eine dem deutschen Rechte ganz eigenthümliche Art, nämlich so, daß jeder Einzelne Eigenthümer des Ganzen sei; sie nennen das Gesamteigenthum und die Verbindung der einzelnen Berechtigten das entsprechende Rechtssubjekt, eine Genossenschaft. Diese soll zwischen der Universitas und Societas mitten inne liegen.

Näher auf die Frage einzutreten, ob die Theorie des Gesamteigenthums Stich halte oder nicht, wäre an diesem Orte ganz überflüssig und würde zu weit führen. <sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> Vergl. Blunt schli, Staats- und Rechtsgeschichte. I. 81 fg. Beseley, die Lehre von den Erbverträgen. 1835. I. 69. 80. Beseley, Volksrecht und Juristenrecht. 1843. p. 158. fg. Das Recht der Genossenschaft. Widerlegt von Thöl, Volksrecht. Juristenrecht u. 1846. p. 18. fg. d. Genossenschaften. Eichhorn, Einleitung, §. 166—168. Mittermaier, Privatrecht. §. 139. Maurenbrecher, deutsches Recht. §. 187. Haffe, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft. 1808. §. 10. fg.

Es bleiben mir in dieser Beziehung nur noch einige wenige Bemerkungen. Die H. G. ist kein dem deutschen Rechte eigenthümliches Institut, das nur durch, diesem Rechte eigenthümliche Rechtsbegriffe erklärt werden könnte. Angenommen auch, der Begriff des Gesamteigenthums habe etwas Reales und es stehe fest, daß die sogenannten deutschen Genossenschaften corporative Verbindungen seien, welche weder als Universitas noch als Societas aufgefaßt werden können, so werden doch zu dem deutschen Gesamteigenthum und der Genossenschaft Requisite verlangt, welche bei dem Societätsgut und der Handelssocietät durchaus nicht vorhanden sind. Es kommt auch den Schriftstellern des deutschen Privatrechts, die sich zur Aufgabe gestellt haben, die Eigenthümlichkeiten des nationalen Rechts herauszufinden, selbst denjenigen, welche für das Gesamteigenthum und was damit zusammenhängt, kämpfen, nicht zu Sinn, das Handelsgesellschaftsgut als Beispiel des Gesamteigenthums und die H. G. als deutsche Genossenschaft in ihrem Sinne aufzuführen.

Es konnte mit Recht gesagt werden, es sei die übereinstimmende Ansicht der deutschen Rechtslehrer, daß die H. G. zu den Societäten und nicht zu den juristischen Personen gehöre; es sind mir bloß zwei Versuche zu Gesicht gekommen, die eine andere Auffassung unternehmen und zu begründen suchen. Sie gehen auch darauf hinaus, es werde durch die H. G. ein neues Rechtssubjekt künstlich erzeugt. Der eine Versuch ist eine Abhandlung von H. L. Hassenpflug, 1) Assessor bei dem Ober-Appellations-Gerichte zu Cassel, betitelt: „Eine unter einer Firma betriebene Handlung ist als das Rechtssubjekt hinsichtlich aller

1) In der Themis von Elveres. 1828. I. 59—67.

aus Handlungsgeschäften entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen.“ Der andere ist eine kleine Schrift von A. Labor<sup>1)</sup>, unter dem Titel: „Beitrag zur rechtlichen Erörterung der Verbindlichkeiten, welche aus dem Eintritt in eine bestehende Handlungsfirma entspringen; besonders hinsichtlich der schon vor dem Eintritt auf derselben gelastet habenden Schulden. 1826.“ (Ein Ungenannter,<sup>2)</sup> der sich aber sogleich als tiefer Kenner des Handelsrechts erweist, hat Beide gründlich widerlegt. Daß die Behauptung, die Firma mache eine Handlung oder eine H. G. zu einer juristischen Person, damals (1826—1828) für das deutsche Handelsrecht etwas ganz Neues war, geht aus der Bemerkung des Rezensenten hervor,<sup>3)</sup> daß schon die gänzliche Neuheit einer solchen Vorstellung gegründetes Mißtrauen erzeuge, daß namentlich eine solche Idee sowohl den neuern Gesetzgebungen als denjenigen Schriftstellern, welche die hier vorliegende Frage behandeln, durchaus fremd sei; ferner daraus, daß sie sich selbst auf keine Vorgänger als Gewährsmänner berufen. Spätere Schriftsteller über Handelsrecht sind, wie wir gesehen haben, von der Unhaltbarkeit dieser neuen Idee überzeugt, so daß jene Versuche ganz vereinzelt dastehen.

Die Firma ist es besonders, an der man sich stößt; sie ist, wie schon angedeutet, ihrer äußern Erscheinung nach allerdings etwas den neuern handelsrechtlichen Verhältnissen Eigenthümliches, aber sie ist es gerade am allerwenigsten, welche die H. G. von dem Wesen der Societas entfernt und ihr den Charakter einer

<sup>1)</sup> Auszüglich mitgetheilt, als Anhang obiger Abhandlung, in *Clavere's Themis*. I. 67—72.

<sup>2)</sup> Im 3. Heft derselben Zeitschrift. I. 498—536.

<sup>3)</sup> *Clavere's Themis*. I. 500.

juristischen Person ausdrückt, im Gegentheil, sie macht dieselbe, wenn es möglich ist, noch mehr zu einer Societas. Die Firma wäre eher im Stande, den Begriff einer juristischen Person zu zerstören, als ihn hervorzurufen.

Bei der Societät versteht sich die solidarische Haft der einzelnen Socii nicht von selbst. Den Fremden, mit welchem ein Socius persönlich contrahirt, geht die Societätsverbindung an sich gar Nichts an; er kann die übrigen Socii zunächst gar nicht belangen und sich nur an denjenigen halten, der mit ihm das Geschäft einging. Contrahirt ein Gesellschafter Namens der Societät, so muß noch ein besonderer Grund hinzukommen, damit nicht nur er, sondern auch die nicht contrahirenden Mitglieder verbindlich werden, da aus keinem Vertrag unmittelbar Rechte und Verbindlichkeiten für Nichtcontrahenten entstehen. Dieser besondere Grund kann bestehen in Auftrag, Vollmacht, Genehmigung oder in *rem versio*. In einem solchen Falle werden alle Socii persönlich verbunden, sie haften aber nur *pro rata*. Außerdem können sich alle Gesellschafter verpflichten, wenn sie zusammen contrahiren; aber auch in diesem Falle tritt nur Haftungspflicht *pro rata* ein; wollen sich die contrahirenden Gesellschafter *in solidum* verbindlich machen, so muß das ausdrücklich geschehen. Solche Rechtsgrundsätze auf die H. O. angewandt, würden entweder nicht die gewünschte Sicherheit in den Verkehr bringen oder den Geschäftsgang sehr verschleppen. Im neuen Handelsrecht ist es daher allgemeiner Grundsatz geworden, daß alle Mitglieder der H. O. für Alles, was von Einem derselben Namens Aller eingegangen wird, persönlich haften, und zwar nicht bloß *pro rata*, sondern *in solidum*.<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> B e n d e r, Handelsrecht. I. S. 150. pag. 312. F h ö l, Handelsrecht. S. 38.

Statt nun bei jedem Geschäfte, welches ein Socius Namens der Societät abschließt, sämtliche Mitglieder, welche daraus verpflichtet werden sollen, speziell zu bezeichnen, ist eine für den Geschäftsgang erwünschte Vereinfachung eingeführt worden. Es wird gewöhnlich nur der Name eines oder zweier Gesellschafter genannt und die übrigen mit „& Compagnie“ hinzugesetzt, z. B. A. & Comp., A., B. & Comp., und diese so abgekürzte Bezeichnung aller Mitglieder der G. wird Firma genannt. Weiter ist diese Nichts; <sup>1)</sup> sie ist durchaus nicht etwa selbst ein eigenes neues Rechtssubjekt noch der Name oder das Zeichen eines solchen. Sie dient nur dazu, die Geschäfte, welche ein Gesellschafter auf eigene Rechnung macht, von denjenigen, wobei er Namens aller Gesellschafter contrahirt, zu unterscheiden, und wird sie von einem Gesellschafter gebraucht, so weist sie darauf hin, daß nun alle einzelnen Gesellschafter es seien, welche in solidum für die eingegangene Verpflichtung haften. Die Firma zeigt klar und bestimmt, daß bei der G. es gerade die Einzelnen sind, denen die Rechte der Gesellschaft zustehen und auf denen die Verbindlichkeiten derselben ruhen, und daß nicht in der G., als einer jur. Person, sich Rechte und Verbindlichkeiten derselben concentriren. Bedient sich ein einzelner Kaufmann einer Firma, so bezeichnet er sich dadurch nur selbst als berechtigt und verpflichtet, und daß er für alle seine Geschäfte, wie sich von selbst versteht, mit seiner ganzen Persönlichkeit haftet.

<sup>1)</sup> Maurenbrecher, deutsches Recht. S. 347. Gans, Beiträge zur Revision der Preuß. Gesetzgebung. 1830. 36—67. Ueber Handlungsfirmen.

Das Verhältniß der Infitoren führt feinem Weſen nach ganz zu demſelben Reſultate, wie der Gebrauch der Firma. Hat die Geſellſchaft nach römiſchem Rechte einen Inſitor beſtellt und gerade eines ihrer Mitglieder als ſolchen bezeichnet, ſo haften dieſe aus allen Geſchäften, die er in ihrem Namen vornimmt, mit ihm *in ſolidum*; er handelt gleichſam mit dem ganzen Willen eines jeden Prinzipals. Eine gegenseitige *praeſcriptio inſitoria* nun begründet ein Rechtsverhältniß, das ganz identiſch iſt mit unſerer *H. G.* unter einer Firma. <sup>1)</sup> Nur das abgekürzte Zeichen für die ſolidariſch haftenden Mitglieder, die Firma ſelbſt, fehlt den Römern, und bei ihnen war es wohl möglich, daß alle Geſellſchafter *in ſolidum* für Handlungen, welche ein Einzelner Namens der *G.* vornahm, hafteten, aber nicht Regel, während im neuern Handelsrechte dieſes als Regel angenommen wird und ausnahmsweiſe wohl noch beſtimmt werden kann, daß ein oder mehrere *Socii* nicht als Inſitoren bezeichnet ſeien, oder nach neuern Rechte ausgedrückt, das Recht, die Firma zu gebrauchen, zu firmiren, nicht haben, mithin durch ihre Handlungen die übrigen Mitglieder nicht verpflichten können.

Die Firma iſt nichts Weſentliches. Die *H. G.* könnte ohne ſie ganz dieſelbe bleiben, die ſie jetzt iſt, ſie dient nur zur Bequemlichkeit. Ohne Beziehung auf die Individuen, welche die *G.* bilden und welche ſie bezeichnet, iſt ſie nichts Neelles. Es geſchieht in der Handelswelt nicht ſelten, daß eine *G.* ſich auflöst und eine neue, welche vielleicht das gleiche Geſchäft fortbetreibt, die Firma der alten beibehält. Auf den erſten

<sup>1)</sup> Thöl, Handelsrecht. §. 38. pag. 123. §. 20. Treitschke, Gewerbsgeſellſchaft. §. 54. Mittermaier, Privatrecht. §. 558. No. 9.

Blick mag das den Anschein gewinnen, daß wir es hier mit einem Institute zu thun haben, das völlig selbstständig dasteht, daß die Firma Etwas sei, auf deren Fortbestehen der Wechsel der einzelnen Gesellschafter keinen Einfluß habe, daß das Ganze immer dasselbe bleibe und die Individualität der Einzelnen vor ihm verschwinde. Es ist wahr, die Firma bleibt trotz dem Wechsel der Gesellschaftsmitglieder dieselbe; aber daraus, daß ein Name stehen bleibt, kann nichts weniger als der Schluß gezogen werden, daß auch das dadurch Bezeichnete sich nicht verändert habe. Die G. ist eine andere geworden, und die Firma weist auf ganz andere Gesellschafter hin. Wenn die Firma dem, was sie sein soll, am nächsten kommen will, so muß sie keine Namen enthalten, welche nicht in der G. sich finden und nicht solidarisch haften. Der Code de Commerce enthält hierüber heilsame Bestimmungen, wozu auch die in deutschen Handelsrechte anerkannte Bestimmung gehört, daß der Name eines Commanditars nicht in die Firma aufgenommen werden dürfe. Es ist hier beiläufig zu bemerken, daß die Firma beliebige Namen enthalten dürfte, wenn sie eine jur. Person bezeichnen würde. — Die Beibehaltung einer alten Firma ist jedenfalls ein Mißbrauch, weil oft dadurch ein größerer Credit begründet und die Creditoren getäuscht werden sollen. Aber auch hier zeigt sich wieder, daß die Firma so oder anders für sich Nichts ist. In der kaufmännischen Welt wird nicht auf sie, sondern auf die Einzelnen, mit denen unter dieser Benennung contrahirt wird, gesehen. Der Grundsatz, daß bei S. G. alle Mitglieder *in solidum* haften, ist in der Handelswelt so tief eingewurzelt, daß diejenigen, welche mit einer Gesellschaftsfirmen contrahiren, recht wohl wissen, daß sie es mit den einzelnen Gesellschaftern und nicht mit einer abstrakten Einheit zu thun

haben. Sie werden bei'm Creditgeben auf die Solldität der Einzelnen sehen und nicht auf die zufällige Form der Firma. Eine Firma, welche früher großen Credit hatte, weil die dadurch bezeichneten Gesellschafter reiche Kaufleute waren, wird ihn sogleich verlieren, wenn sie von nicht hablichen Leuten geführt wird. Das sind unbestreitbare Thatsachen, und so lange sie es bleiben, so lange die Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter überall maßgebend ist, so lange wird die H. G. auch nicht sich unter den Begriff einer jur. Person schmiegen. Die Gesetzgebungen und Rechtsgelehrten bringen auf möglichste Publizität der Namen der einzelnen Gesellschafter, damit Jedermann wisse, an wen er sich zu halten habe. Der Firma soll dadurch wieder ergänzt werden, was sie durch ihre Kürze allfällig verloren hat. Es finden sich hiezu gesetzlich verschiedene Wege vorgeschrieben: Eintragung in ein sog. Rationenbuch, öffentliche Circulare u. dgl.

Der Gebrauch der Firma war, wie Mittermaier nachweist, schon im vierzehnten Jahrhundert bekannt; soll sie erst im neunzehnten bewirken, daß ihretwegen die G. nicht mehr unter den Begriff der römischen Societät passe, daß dieser für sie zu enge und beschränkt geworden, wie sich Hassenpflug ausdrückt? 1) Läge diese Auffassung im allgemeinen Bedürfnisse der Handelswelt, würde, wie Hassenpflug behauptet, die Anwendung römischer Grundsätze auf die H. G., welche ein den Römern völlig fremdes Institut sein soll, den schneidendsten Widerspruch mit den Begriffen erzeugen, welche heutzutage im Leben und Verkehr herrschen, und allen diesen Uebeln abgeholfen

1) Oivers Themis. I. 68.

durch die Annahme, die H. G. unter einer Firma sei eine jur. Person, so könnte man nicht leicht begreifen, daß nicht die neuern Gesetzgebungen dem Unheil schon längst gesteuert haben, daß ferner die Schriftsteller über Handelsrecht Nichts davon wissen, noch wissen wollen, sie, die doch unabhängig vom röm. Recht das Handelsrecht als eine eigene Disciplin darstellen, und besonders auf die Abänderungen und Modificationen, welche sich nach und nach aus der Natur der Sache und dem kaufmännischen Verkehr gebildet haben, ihr Augenmerk richten. Man darf gewiß erwarten, daß sich's jene Rechtslehrer hätten angelegen sein lassen, jenen neuen Gedanken, hätten sie ihn im Leben gefunden, aufzufassen und ihm die vollste jur. Anerkennung zu verschaffen, so daß L a b o r und H a s s e n p f l u g <sup>1)</sup> nicht mehr klagen müßten, ihre in der kaufmännischen Welt allenthalben für ausgemacht richtig angenommene Auffassung sei nur in die jur. Welt noch nicht förmlich eingeführt. Daß die Handelsrechtslehrer nun aber im Gegentheil jene Auffassung ausdrücklich bestreiten, deutet wohl sicher darauf hin, daß sie von dem in der kaufmännischen Welt allenthalben für ausgemacht angenommenen Sage in der gleichen kaufmännischen Welt, wahrscheinlich bei genauerer Nachforschung, das Gegentheil als allgemein anerkannt und ausgemacht ange-  
 troffen haben, daß nämlich weder Firma noch H. G. jur. Personen seien, sondern daß erstere an und für sich nichts Selbstständiges sei und letztere unter die Societäten gezählt werden müsse. — Es verdient noch bemerkt zu werden, daß H a s s e n p f l u g und L a b o r sich besonders deswegen so sehr um die jur. Person bemühen, damit sie dadurch ein Belege für noch gewagtere Sätze erhalten. Sie behaupten nämlich, daß diejenigen,

<sup>1)</sup> O l v e r s Themis. I. 63. 68.

welche in eine schon bestehende Handlungsfirma eintreten, damit von selbst auch die Schulden übernehmen, welche vor ihrem Eintritt auf der Handlung gelastet haben, sowie daß sie das Recht erhalten, Ansprüche, welche dieselbe früher erworben hat, geltend zu machen. Das Grundlose und Gefährliche der Ansicht, daß mit der Uebernahme einer Handlung mit der Firma, Activen und Passiven derselben mit an die neuen Erwerber übergehen, liegt am Tage. Forderungen können wohl cedirt werden, es muß aber ausdrücklich geschehen; allein nie kann ein Creditor gezwungen werden, sich einen neuen Debitor unterschieben zu lassen, das Verhältniß ist wesentlich ein persönliches. Es würde mit jenem Sage Betrügereien Thür und Thor geöffnet. Es könnten den Creditoren statt solventen Schuldnern insolvente hingestellt werden. Der Grundsatz, daß bei Handelsgesellschaften jeder Socius mit seinem ganzen Vermögen haftet, auf welchem die Sicherheit alles Handelsverkehrs, die ganze Grundlage des Crediten und das eigentliche Wesen der H. G. beruht, würde von Grund aus zerstört, wenn es Jedem frei stehen könnte, durch Cession seiner Firma sich von allen persönlichen Verbindlichkeiten loszuschlagen.

Wenn man so weit geht, zu behaupten, es sei jede Handlung, welche unter einer Firma geführt werde, eine jur. Person, auch wenn nur ein Einzelner als Inhaber dastehet, so entbehrt das so sehr auch jeden Schein einer Begründung, daß eine Widerlegung überflüssig ist. Es müßte Einer eine physische und zugleich jur. Person sein.

Vergleicht man die den Ansichten von Hassenpflug u. Labor entgegen gesetzten und sichern Resultate des deutschen Handelsrechtes mit einzelnen Sätzen, welche in Beider Abhandlungen vorkommen, worin sie ihre Ansichten als gemeine Meinung

hinstellen, als im bürgerlichen Verkehr nicht minder, als in gesetzlichen Vorschriften vorausgesetzt, als das Wesen der Handelsgesellschaft darlegend und als solche ausgeben, welche in der kaufmännischen Welt allenthalben für ausgemacht angenommen werden, die nur in die jur. Welt noch so förmlich nicht eingeführt seien, als ihre fast ununterbrochene Anwendung im täglichen Leben und ihr inniger, wesentlicher Zusammenhang mit der allgemeinen kaufmännischen Verfahrensweise möchten voraussetzen lassen: so weiß man kaum, was man von der Wissenschaft halten soll, welche so bestimmt zu so ganz entgegengesetzten Resultaten kommt.

Diejenigen, welche den Satz aufzustellen wagten, die H. G. bilde eine jur. Person, haben ihn kaum von allen Seiten ernst betrachtet, sondern als willkommenes Mittel ergriffen, andere noch gewagtere Sätze, auf die ihr Hauptaugenmerk gerichtet war, festzustellen, z. B. daß Activen und Passiven mit der Firma übergehen, die Societätsgläubiger zum Voraus sich aus dem Societätsgut befriedigen u. dgl. Besser wäre es, die Sätze, auf die es eigentlich abgesehen ist, nackt hinzustellen und anderswie zu begründen oder fallen zu lassen, wenn eine Begründung nicht möglich ist, als sie hinter eine Fiktion zu schieben, die nicht Stich hält und selbst das nicht ein Mal erklärt, wozu sie berufen ist.

Genug nun von der jur. Person, wenigstens für das deutsche Handelsrecht. Wissenschaft und Leben verwerfen sie entschieden für die Handelsgesellschaft, in welcher Form sich diese Ansicht auch geltend zu machen sucht.

Von dem französischen Rechte, dem doch die neue Idee die Entstehung verdankt, darf man ganz andere Resultate erwarten, als vom gemeinen deutschen Rechte. Es sollte zur Evidenz nachgewiesen werden können, daß die französischen Handelsverhältnisse wesentlich von den deutschen verschieden seien, daß namentlich die H. G. in Frankreich eine wesentlich andere Gestaltung angenommen habe, als in Deutschland, und daß daher auch die französische Gesetzgebung und die französische Handelsrechtswissenschaft veranlaßt worden seien, darüber ganz eigenenthümliche Grundsätze für Frankreich aufzustellen und, was zunächst die vorliegende Frage betrifft, die H. G. als jur. Person aufzufassen und sie auch von diesem Gesichtspunkte aus zu reguliren. In keiner Beziehung aber ist die Identität der Grundsätze in allen handeltreibenden Staaten auffallender als bei der H. G. Die französischen Gesetze enthalten auch wirklich keine Andeutung von einer dem deutschen Handelsrechte durchaus fremden Auffassung derselben. Sie stellen durchgehends Bestimmungen darüber auf, welche wir auch bei uns finden, und der Gedanke, sie zu einer jur. Person zu machen, ist ihnen ebenfalls fremd.

Die Art. 1832—1872 des Code Civil enthalten die Bestimmungen über die Societät (*du contrat de société*) und sind nur Wiederholungen der Grundsätze, welche das römische Recht darüber aufgestellt hat.

Art. 1873 bestimmt, daß die in jenen Artikeln aufgestellten Bestimmungen auch auf Handelsgesellschaften anzuwenden seien, wenn nicht Gesetze oder Handelsüfancen etwas Anderes festsetzen. <sup>1)</sup>

1) Code civil Art. 1873. Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et aux usages du commerce.

Art. 18 im Code de Commerce sagt dasselbe, nur in anderer Form, die H. G. richte sich nach den gewöhnlichen Vorschriften über Societät, nach den dem Handel eigenthümlichen Gesetzen und nach der Uebereinkunft der Parteien. <sup>1)</sup>

Diese beiden Artikel enthalten fast wörtlich, was Mittermaier von den deutschen Handelsgesellschaften sagt: <sup>2)</sup> „Es entscheiden dabei die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über societas überhaupt, und nur insofern ein Gesetz über die Handelsgesellschaften etwas Abweichendes vorschreibt oder die Contractanten besondere, gesetzlich zulässige Verabredungen getroffen haben, rechtfertigt sich die Annahme einer besondern Norm für diese Art der Gesellschaft.“

Die Bestimmungen über Societät, welche in jedem Rechte wesentlich dieselben, nämlich die römisch = rechtlichen sind, gelten also im französischen Handelsrechte ebensowohl als im deutschen als maßgebend, es treten nur einige außerwesentliche, jedoch nicht dem französischen Handelsrechte allein eigenthümliche Bestimmungen hinzu. Eben so entschieden, wie im deutschen Rechte, wird die H. G. im französischen als diejenige Art der Societät dargestellt, deren spezieller Zweck Betrieb eines Handelsgeschäftes ist. <sup>3)</sup> Die Eigenthümlichkeit der H. G. liegt auch hier in der

<sup>1)</sup> Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties.

<sup>2)</sup> Privatrecht. §. 554.

<sup>3)</sup> Art. 20. Code de Commerce: »La société en nom collectif est celle que contractent deux personnes au un plus grand nombre et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale.«

solidarischen Haft aller Mitglieder, <sup>1)</sup> die durch den Gebrauch der Firma (raison) bedingt ist. <sup>2)</sup> Die Firma hat auch im französischen Rechte keine andere Bedeutung, als daß das contrahirende Mitglied der G. durch deren Gebrauch nicht nur sich allein, sondern alle seine Mitgesellschafter und zwar in solidum verbindlich macht; sie bezeichnet diejenigen, welche persönlich haften, die einzelnen Mitglieder, und nicht die G., als moralische Person. Daher die ganz gute Bestimmung, daß nur Namen von solchen in dieselbe aufgenommen werden, welche auch wirklich mit ihrem ganzen Vermögen haften, also nur die Namen von wirklichen offenen Associés, <sup>3)</sup> nie aber der Name eines Dritten, der gar nicht zur G. gehört, oder auch nur eines Commanditaires, <sup>4)</sup> bei Strafe, daß er sonst als wirklicher Gesellschafter (associé solidaire) behandelt würde. Als Motiv zu diesen Bestimmungen wird angeführt, <sup>5)</sup> daß das Gesetz dadurch Betrug verhüten wolle. Die Firma eines verstorbenen Kaufmanns oder einer aufgelösten G. soll nicht benutzt werden, Andere zum Creditiren zu verleiten. Wenn man den Namen des Commanditaires aufzunehmen erlauben würde, könnte man glauben, er gehöre auch zu den solidarisch verpflichteten Associés und darauf einen Credit bauen, den man sonst den wahrhaft verpflichteten

<sup>1)</sup> Es war auch der Name société solidaire statt société en nom collectif für dieselbe vorgeschlagen.

<sup>2)</sup> *Loché*, Esprit du Code de Commerce. 1811. I. 126. Art. 22. Code de Comm. Art. 1862. Code Civil.

<sup>3)</sup> Art. 21. Code de C. Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale.

<sup>4)</sup> Art. 25. C. de C. Le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale.

<sup>5)</sup> *Loché*, Esprit I. 128 et 142.

nie geschenkt hätte. Das französische Recht erkennt, daß der Gebrauch einer alten Firma ein Mißbrauch ist, den das Gesetz nicht dulden soll; die Firma höre dadurch auf, das zu sein, was sie sein soll. Wie können deutsche Juristen, auf diesen Mißbrauch vorzüglich gestützt, die Behauptung aufstellen, daß das eine charakteristische Eigenthümlichkeit des neuen Handelsrechtes sei, und daß deswegen aus der G. G. ein neues Rechtssubjekt werde? Die Firma, sagen sie, dauert fort, wenn gleich die Mitglieder der G. wechseln.

Daß die Kaufleute ihren Credit auf die ihnen haftenden Gesellschaften gründen, erkennt die franz. Gesetzgebung vollkommen; sie sorgt aber auch dafür, daß sie nicht durch falsche Namen irre geleitet werden. Für uns ist das Verbot einer unächtigen Firma ebenfalls wünschbar. Die Publicität der Magionenbücher, die öffentlichen Circulare u. s. w. machen es aber dem vorsichtigen Kaufmann schon möglich, immer zu wissen, auf welche Individuen er seinen Credit stützen muß.

Nirgends in den französischen Handelsgesetzen eine Hinweisung auf eine jur. Person. Sie stimmen in allen Beziehungen mit dem deutschen Handelsrechte überein, nur ist darin viel Wünschenswerthes noch genauer normirt.

Welches sind nun die Ansichten der französischen Juristen?

Bohier<sup>1)</sup> führt die G. G. (*société pour un commerce*) als Art der Societät auf und fügt ausdrücklich bei<sup>2)</sup>, daß dabei auch die Vorschriften über Societät zu befolgen seien.

1) *Traité du Contrat de société*. 1781. p. 533—629.

2) a. a. O. chap. I. sect. 2. §. 3.

Die Ausnahme vom gemeinen Rechte, daß nämlich bei der *société en nom collectif* jeder *Associé* für die *Societäts*schulden *in solidum* haftet, beruht nach *Pothier* <sup>1)</sup> auf der Begünstigung des Handels, damit die Kaufleute in Gesellschaft mehr Credit haben, und darauf, daß nach franz. Recht von Kaufleuten in Handelsgesellschaften angenommen wird, daß sie sich gegenseitig für ihre Geschäfte zu Insitoren oder Factoren vorgesetzt haben. Das sind ganz die Grundsätze, welche dann auch in die Gesetzgebung Eingang gefunden und welche wir schon im deutschen Handelsrechte getroffen haben.

*Locré* <sup>2)</sup> sagt, die *S. G.* sei eine *societas particularis*.

Fast zur Ueberraschung findet man bei *Bardeffus* <sup>3)</sup> ausgesprochen, das Wort *Societät* habe im merkantilschen Sprachgebrauch zweierlei Bedeutung. Bisweilen drücke es den Vertrag aus, durch welchen mehrere Personen sich verpflichten, verschiedene Gegenstände zu vereinigen, oder irgend Etwas gemeinschaftlich zu machen, um einen erlaubten Gewinn daraus zu ziehen. Bisweilen bedeute es auch den moralischen Körper, der durch die Vereinigung dieser Personen gebildet sei. — Woher plötzlich dieser moralische Körper? Auf Gesetze kann sich *Bardeffus* natürlich nicht berufen; aber statt auf andere Art den Grund seiner Behauptung nachzuweisen, fährt er fort (No. 975), aus der gegebenen Definition ergebe sich, daß eine *Societät* eine moralische Person sei, die unter vielen Umständen durch Verträge

1) a. a. D. ch. VI. §. 1. Des commerçans associés sont censés s'être les instituteurs ou préposés les uns des autres pour les affaires de la société.

2) *Esprit*. I. 107.

3) *Cours du droit commercial*, übersetzt von *Schiebe*. 1838. No. 966.

aller Art oder Quasi-Verträge Verbindlichkeiten eingehen, oder Andere gegen sich verbindlich machen könne. — Woraus ergibt sich aber jene Definition selbst? — Die Firma ist nach *Bardeffus* (No. 978) das Mittel, eine gewisse moralische Person von einer andern zu unterscheiden, ganz entgegen den Grundansichten der franz. Geseze und der ganzen Handelswelt. Consequent kann *Bardeffus* natürlich den aufgestellten Grundsatz nicht durchführen, ohne jeden Augenblick auf Ungereimtheiten zu stoßen und sich zu überzeugen, daß es damit nicht geht. Wo er ihm aber nicht dient, läßt er ihn fahren und nimmt die richtige Ansicht wieder auf, daß die Societät auch im merkantillischen Sinn keine jur. Person sei; aus seiner Darstellung der Handels Societät wird aber auf diese Weise eine Sammlung von Widersprüchen. In No. 973 zeigt er namentlich, wie die Rücksicht auf persönliches Zutrauen bei der *H. G.* so wesentlich sei, daß es nicht einmal angehe, daß Einer durch *Cession* Mitglied derselben werde. In No. 978 erklärt er für unstatthast, daß in die Firma Personen kommen, die nicht *Socii* sind, und behauptet, wer zulasse, daß sein Name in der Firma einer Societät geführt werde, wovon er nicht Mitglied ist, könne mit Recht zur Erfüllung der Verbindlichkeiten derselben verurtheilt werden, weil man im Vertrauen auf seinen Credit mit dieser Societät contrahiren konnte, weil man also bei'm Contrahiren mit einer Societät auf das Vermögen, die Solidität der Einzelnen sieht und die Firma als Leiterin auf diese Einzelnen und auf keine Andern weisen soll: und im gleichen Sage steht obenan, die Firma sei gewissermaßen das Mittel, eine gewisse moralische Person von einer andern oder auch die Gesellschaft als moralische Person von den einzelnen Mitgliedern derselben zu unterscheiden. — In No. 1004 sind es die Einzelnen, welche für Societätsschulden

verpflichtet sind, und nicht die moralische Person, für die sie eingegangen wurden, und in No. 1089 ist es nun die moralische Person, welche berechtigt ist, welcher das Societätsgut gehört, und nicht die Einzelnen. Durch diesen Widerspruch wird aber erklärt, was man gesucht hatte, daß nämlich 1) alle S. Gl. aus dem Activum der Societät bezahlt werden, mit Ausschluß der P. Gl. der Associés, weil die Societät ein Wesen ist, das seine Rechte hat, getrennt von denjenigen jedes ihrer Mitglieder, und 2), daß die S. Gl. für nicht Erhaltenes noch auf die Privatgüter der einzelnen Associés, mit den P. Gl., greifen können, weil die Firma jetzt nicht ein eignes Wesen bezeichnet, sondern die Gesellschafter, welche für Societätsschulden haften. Daraus, daß Pardeffus in No. 1207 unter den speziell privilegierten Schuldforderungen auch den Vorzug, welcher den Gläubigern einer Societät auf das Activum derselben zusteht, anführt, geht hervor, daß er selbst sich nicht ganz auf den Begriff einer moralischen Person verlassen wollte, denn der Satz, die S. Gl. haben ein Privilegium, setzt voraus, daß ohne dasselbe die P. Gl. sonst neben ihnen zur Theilung des Societätsgutes schreiten würden, daß dieses also den einzelnen Associés und nicht einer moralischen Person gehöre. Wenn gar gesagt wird, die S. Gl. haben ein Privilegium auf das Societätsgut, weil die Societät eine moralische Person sei, so liegt hierin ein Widerspruch in sich selbst. Privilegium und moralische Person schließen sich hier aus. Pardeffus verwickelt sich dadurch, daß er beide Auffassungsweisen fest halten will.

Fremery 4) behauptet ebenfalls, man müsse sich die S. Gl. als ein fingirtes Wesen vorstellen, jeder Associé handle durch

4) Etudes de droit commercial. chap. IV. p. 30 sq.

die Firmaführung als dessen Organ; in dem, dem Civilrecht bekannten Societätsvertrag komme Nichts der Art vor, es seien da wohl Associés, aber keine Societät vorhanden.“ Es hält gewiß schwer, dieser Phrase einen Sinn beizulegen. Es folgt nun das „große Resultat“, welches dieser neue Gedanke erzeugte. Man sondere nämlich das Activum der Societätshandlung von den Privatgütern jedes Associés und halte den Grundsatz fest, daß dasselbe den Gesellschaftsgläubigern gehöre und daß alle Privatgläubiger davon ausgeschlossen seien. — Fremery gesteht jedoch offen, daß kein Gesetz den Grundsatz aufstelle, daß die H. G. ein eigenes Rechtssubjekt sei, dem das gesellschaftliche Activum gehöre, und daß auch mit Hinsicht auf das Vorrecht der S. Gl. Nichts aufzufinden sei. Quelle dieser wichtigen Grundsätze, welche nicht einmal in den Gesetzen aufgezeichnet seien, sei der Handelsgebrauch, welcher vielleicht in den italienischen Städten, in denen großer Handel betrieben wurde, entstanden sei. — Hat man nicht das größte Recht, an der Richtigkeit von Sätzen von so bedeutender Wichtigkeit zu zweifeln, wenn eine Gesetzgebung, welche neu und sonst sehr speziell ist, welche die betreffenden Verhältnisse, wenn sie existiren, schon ausgebildet angetroffen, und welche gerade sich zum Zwecke gesetzt hat, das neueste Handelsrecht, d. h. das Handelsrecht, wie es sich besonders durch den neuesten Handelsgebrauch ausgedrückt hat, aufzufassen, — dieselben, obgleich sie sich durchaus nicht von selbst verstehen, mit Stillschweigen übergeht, wenn sogar gesetzliche Bestimmungen sich vorfinden, welche sich mit jenen Sätzen nicht in Einklang bringen ließen, und wenn endlich, wenigstens so weit wir jetzt gesehen haben, mit Bezug auf denjenigen, daß die H. G. eine jur. Person sei, sich ergibt, daß er weder mit Wissenschaft noch Leben sich vereinigen lasse?

Duvergier <sup>1)</sup> steht das Bedenkliche der Behauptung Fremery's ein, daß jene Sätze auf dem Handelsgebrauch beruhen, verbunden mit dem Zugeständniß, daß in den Gesetzen davon keine Erwähnung geschehe. Um sich zu helfen und jene Sätze doch zu retten, werden sie noch weiter hinausgeschoben; er kommt dahin, zu behaupten, der Geist und Text des röm. Rechtes habe die Societäten zu moralischen Personen erhoben. — Die Rechtsgelehrten, welche durchaus nicht von der moralischen Person lassen wollen, kommen wirklich in Verlegenheit, die Heimatlose unterzubringen. Es darf Keiner behaupten, daß die G. G. nicht eine Societät sei. Wie aber nun sie zu einer moralischen Person machen? Da kann mit einem Hauptschlag geholfen werden. Man behauptet einfach, jede Societät sei eine moralische Person, und schiebt die Sache den Römern in die Schuhe. Wenn man à tout prix an dem Satze festhalten will, so bleibt nur dieser Ausweg offen.

Duranton <sup>2)</sup> sagt, es müsse nach franz. Recht jede Societät als ein moralisches Wesen (être moral), als eine dritte Person (tierce personne) betrachtet werden, welche ihre Rechte und Verbindlichkeiten (ses droits et ses obligations), getrennt von denjenigen jedes Socius, hat. Er gibt zu, daß im röm. Rechte die Sache anders betrachtet werde, da sei die Wirkung des Societätsvertrages vorzüglich die gewesen, Obligationen unter den Associés zu erzeugen, und man habe nicht, wie im franz. Recht, vorausgesetzt, daß die G. ein eigenes Rechts-subjekt sei. Die franz. Gesetzgebung nun habe, wie er behauptet, sehr klar unterschieden zwischen Societät und Associés.

<sup>1)</sup> Droit civil français. p. 468. fg.

<sup>2)</sup> Cours de Droit Français. 1834. XVII. No. 334.

Allerdings; das römische Recht hat aber eben so klar unterschieden zwischen *societas* und *socius*, ohne daß daraus gefolgert werden könnte, daß die *societas* eine jur. Person sei. Wie im Code Civil <sup>1)</sup> vorkommt: „Chaque associé est débiteur envers la société“ . . . . „Un associé a action contre la société“ . . . . u. dgl., so treffen wir im Corpus Juris Civilis: <sup>2)</sup> „si aliquid contulit societati“ . . . . ferner: „ut plus societati conferat“ etc. Redensarten, ohne daß dabei von Ferne daran gedacht werden darf, die Societät als eigenes Rechtssubjekt hinzustellen.

Die Behauptungen der Schriftsteller werden immer merkwürdiger. De la ngle nimmt an, das römische Recht habe *expressis verbis* sowohl die Civil- als die H. O. zu moralischen Personen geschaffen, <sup>3)</sup> wofür er sich auf Stellen beruft, die sich auf diejenigen Societäten beziehen, welche als *universitates* anerkannt waren, besonders auf *l. 22 D. de fidej.* Er wagt sogar zu behaupten, <sup>4)</sup> das römische Recht habe aus dieser Fiktion nur eine, übrigens sehr wichtige, Folge gezogen, daß nämlich das Vermögen der Societät den Societätsschulden

<sup>1)</sup> Art. 1845 u. 1852.

<sup>2)</sup> *l. 29. p. §. 1. D. pro soc. (17, 2).*

<sup>3)</sup> *Des Sociétés Commerciales. Paris 1843. I. 19. 22. II. 259. 261. 265.*

<sup>4)</sup> *l. 222. »Le droit romain, qui avait fait un être moral de la société n'avait tiré de cette fiction qu'une conséquence d'ailleurs très importante; savoir, que le patrimoine de la société, distinct du patrimoine particulier des associés, devait être employé exclusivement en paiement des dettes sociales; et que les créanciers personnels des associés n'y pouvait rien prétendre, tant que la société n'était pas libérée.«*

zur Befriedigung zufalle und daß, so lange diese nicht bezahlt seien, die P. Gl. der Associés davon ausgeschlossen seien. Man hört hier wirklich Unerhörtes. Natürlich, daß es hauptsächlich um Begründung des fragl. Vorzuges der Gesellschaftscreditoren zu thun war. 1) Merkwürdigerweise wird ihnen bei Civilgesellschaften der Vorzug wieder nicht eingeräumt, weil das gefährlich wäre. 2) Diese ist also ein Rechtssubjekt, das weder Rechte noch Verbindlichkeiten hat. Er bringt dann auch in einem Satze den Widerspruch, die Societätscreditoren haben ein wahrhaftes Privilegium (*privilège véritable*) auf das Societätsgut gegenüber den Privatgläubigern der Associés, weil die G. eine jur. Person sei. 3) Die Solidarität der Gesellschafter wird durch ein stillschweigendes gegenseitiges Mandat derselben erklärt. 4) Die Formel dafür sei die Firma, diese sollte eigentlich alle Mandanten enthalten und Nichts als solche bei Strafe der solidarischen Haft oder Annahme von Betrug. 5) So weit ist die Sache ganz richtig, aber sogleich kommt er wieder auf das Steckenpferd der französischen Juristen: die Firma wird ihm wieder zum Namen einer jur. Person. 6) Bald ist sie Mandatsformel, bald jur. Person, bald bezeichnet sie die Einzelnen, welche haften, bald weist sie auf ein neues Rechtssubjekt hin, Alles durch einander, je nachdem man die Sätze benutzen will. 7)

1) I. 21. II. 261.

2) II. 270.

3) II. 195. 191. I. 16.

4) I. 222. 316.

5) I. 315. 229.

6) I. 221. 228. 238.

7) I. 225. 315.

Trop long <sup>1)</sup> scheint es ausgemacht und gewiß zu sein (Ce point de droit me parait certain), daß jede gesetzlich errichtete G. eine jur. Person sei. (Une société légalement constituée, donne naissance à un corps moral.) Doch will er das, weil noch abweichende Ansichten unter den Juristen herrschen, begründen und beginnt die Begründung damit, daß er (No. 59) sagt, es sei unbestreitbar, daß die Societät den römischen Rechtsgelehrten als eine jur. Person erschienen sei. (Il est *incontestable*, que la société apparaissait aux jurisconsultes Romains comme un être moral.) Dafür beruft er sich, wie De Langle, auf Stellen, die von Societäten sprechen, welche Corporationsrechte erhalten hatten (l. 22. D. de fidej.; l. 3. §. 4. D. de Bon. Poss.) und (Nr. 61), man denke sich, auf Savigny, System des heut. röm. Rechts II. 254. §. 88, wozu er jedoch bemerkt: „Mais il ne discute pas la question.“ — Wo er auf die Verbindlichkeiten der G. zu sprechen kommt, gesteht er offen, <sup>2)</sup> man könne wohl die Societät von ihren Gliedern unterscheiden, aber es seien doch diese es, welche für Societätsschulden haften; der Concurs der Societät ziehe denjenigen jedes Associés mit sich, wie der Gerichtshof zu Douai entschieden habe. Wo er von den Rechten der G. spricht, heißt es (Nr. 70): die Fiktion der jur. Person könne nicht in ihre Consequenzen verfolgt werden. <sup>3)</sup> Obgleich die G. als fingirtes Rechtssubjekt, als Eigenthümerin des Societätsgutes

<sup>1)</sup> Du Contrat de Société Civile et Commerciale, dans son «Droit Civil expliqué.» 1843. I. No. 58.

<sup>2)</sup> I. No. 75. »On a beau isoler la société de ses membres, il n'en est pas moins certain que ce sont les ressources des associés qui sont les ressources de la société.«

<sup>3)</sup> Ebenso in No. 140.

erscheine, könne doch eine Idee von Mitguthum nicht von der Person der Associés getrennt werden. 1) Er spricht auch von einem Privilegium der S. Gl. 2) Die Solidarität erklärt er wie DeLangle 3), und über die Firma vermischt er, wie dieser, Wahres und Falsches.

Die französische société und die deutsche G. sind bis in alle Einzelheiten nur Wiederholungen der römischen societas. Die französische Gesetzgebung ist sich dessen bewußt, und es wagt auch keiner derjenigen Rechtsgelehrten, welche mit so großer Vorliebe an der moralischen Person hängen, entgegen ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen das Gegentheil zu behaupten, und es wird diesen nie gelingen, aus der römischen Societas eine jur. Person zu machen, obgleich sie dieses Resultat als unbestreitbar hinstellen. Es ist ihnen eigentlich, im Grunde betrachtet, nicht darum zu thun, der jur. Person einen Inhalt beizulegen, sie versuchen nicht die Societas diesem ihrem neuen Begriffe anzupassen, sondern sind es zufrieden, jenen Satz bloß hingestellt zu haben, sie adoptiren daneben die römisch-rechtlichen Grundsätze insgesammt. So steht aber ihre Behauptung, die société sei ein être moral, ganz müßig da, es ist ein Satz ohne Inhalt, der Nichts als Begriffsverwirrung in die Rechtswissenschaft zu bringen im Stande ist.

Für das französische Handelsrecht geht als sicheres Resultat hervor, daß die Idee, die société, sowie die société en nom

1) »Nous avons dit plusieurs fois que, pendant la durée de la société l'être moral est censé, propriétaire, et que néanmoins il n'était pas possible de séparer absolument de la personne des associés une idée de copropriété.«

2) II. No. 857. sq.

3) II. No. 359.

collectif als jur. Person aufzufassen, der Gesetzgebung fremd ist, und von dieser dadurch bestimmt, negirt wird, daß sie dieselben unter die Regeln der römischen Societät stellt und daß die franz. Rechtsgelehrten den Satz, die Gesellschaft sei eine jur. Person, ohne Grund und ohne Sinn hinstellen.

Ich glaube mit Recht behaupten zu dürfen, es sei nur von französischen Juristen und mit Beziehung auf franz. Recht der Satz aufgestellt worden, die Societät sei eine jur. Person. Es wäre überflüssig, noch länger mich speziell mit dessen Widerlegung zu beschäftigen, da ich mich immer mit Wiederholungen abgeben müßte. Ich habe weder in den Gesetzgebungen noch in der Jurisprudenz anderer Staaten, so weit ich mich damit bekannt machen konnte, etwas Aehnliches getroffen, sondern überall wird das Wesen der G. sowie der H. G. richtig aufgefaßt. So in England <sup>1)</sup>, Holland <sup>2)</sup>, Hamburg <sup>3)</sup>, Preußen <sup>4)</sup>, Oestreich. <sup>5)</sup>

In den königlich preußischen Rheinprovinzen wird die von den franzöf. Juristen hineingetragene Idee noch fortwährend als eine fremde bekämpft; die Gerichte neigen sich aber auf Seite der franzöfischen Juristen und suchen dadurch auch mit dem fragl. Vorzug durchzubringen. Nach 1840 wird die Lehre, daß die

1) *Blackstone*, Commentaries. *Story*, Commentaries on the Law of Partnership. 1841.

2) Holländisches Handelsgesetzbuch von 1838, übersetzt von Schumacher.

3) *Meno Pöhl's* Handelsrecht.

4) Allgemeines Landrecht für die Preuß. Staaten. II. Thl. VIII. Titel. §. 475—712. Gans a. a. D.

5) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch. 1811.

H. G. eine moralische Person sei, als dem Streite unterworfen bezeichnet. In Sandt's Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Königl. Preuß. Rheinprovinzen kann man dem sehr interessanten Kampfe folgen.<sup>1)</sup>

In der Gesetzgebung des Kantons Zürich, in welcher freilich mit Beziehung auf das Handelsrecht wenig aufzufinden ist, ist nichts auf die vorliegende Untersuchung Bezügliches enthalten. Die H. G. hat aber bei uns keine eigenthümliche Gestalt angenommen, und wir müssen uns an die deutsche und allein vernünftige Auffassungsweise derselben halten. Das Bezirksgericht Zürich hat im Jahr 1840 in den Erwägungen eines Urtheils ausgesprochen<sup>2)</sup>, daß eine H. G. in einem gewissen Sinne als jur. Person sich darstelle, welche ihre eigenthümlichen, von denjenigen jedes ihrer (der Societät) Mitglieder als Privatpersonen getrennten Rechte, resp. Verbindlichkeiten, habe, und daraus den Schluß gezogen, daß die Societätsschulden, mit Ausschluß der P. Gl. der Associés, aus dem Societätsgut zu bezahlen seien, indem das Activum der Societät dieser, als jur. Person, gehöre. — Wenn dieses aber getheilt ist, hört die Fiktion auf. Es sagt nämlich in demselben Sage das Gericht, was aber das Privatvermögen eines Associés betreffe, so concurriren hier die S. Gl. mit den P. Gl. bei Unzulänglichkeit des Activums der Societät. — Es ist, als ob man die französischen Juristen raisonniren hörte. Das Gericht scheint großes Gewicht auf das „in gewissem Sinne“ gelegt zu haben. Die H. G. ist in keinem oder im vollem Sinne eine jur. Person. Ein Urtheil bildet

<sup>1)</sup> vgl. IV. 1. 12.; XVI. 1. 171.; 1. 254; XVII. 1. 119—124.; XIX. 1. 157.; XXII. 2. A. 24.; XXIII. 1. 65. XXXI. 1. 110.; XXXII. 176.; XXXV. 1. 262.

<sup>2)</sup> Schauberg, Beiträge zur Zürcherischen Rechtspflege. I. 127.

übrigens keinen Gerichtsgebrauch; gesetzt aber auch, die Gerichte hätten schon zu wiederholten Malen, auf jenen Satz gestützt, ihre Urtheile gebaut, gesetzt, man könnte sich auf eine sogenannte constante Praxis berufen, so wäre diese nicht Entstehungsgrund, sondern bloß Kennzeichen dessen, was Recht ist. Und an diesem Orte ist die Behauptung nicht gewagt zu nennen, daß der Grundsatz, die G. G. sei eine jur. Person, nirgends in der Handelswelt wurzelt, sondern allgemein und entschieden verworfen wird. — (Schau berg <sup>1)</sup>), welcher sich die Aufgabe stellte, den fraglichen Vorzug zu begründen, anerkennt selbst, daß jene fragl. Auffassung unserm Rechte fremd sei. In neuester Zeit ist das Obergericht wieder auf den wahren Standpunkt zurückgekehrt. <sup>2)</sup> Es hat sich überzeugt, daß jene Auffassung zu Consequenzen führen würde, welche aller Erfahrung widerstreiten und mit dem Zwecke der G. in Widerspruch ständen.

<sup>1)</sup> Beiträge. I. 138.

<sup>2)</sup> Schau berg, Beiträge. VII. 42. fg.

Wir haben also bei der G. G., wie bei der Societät, nicht zwei Arten von Rechtssubjekten, auf der einen Seite ein einheitliches Ganzes, die G. G. als jur. Person, andererseits die einzelnen Gesellschafter als physische Personen. Die Gesellschafter als solche sind es, welchen alle Rechte zustehen und auf welchen die Verbindlichkeiten lasten. Der fragl. Vorzug kann also nicht mehr dadurch begründet werden wollen, daß die G. eine jur. Person sei, daß er sich also, als das Recht der S. Gl., sich an ihren Debitor, die Societät, zu halten, von selbst verstehe; er erscheint jetzt als Privilegium und bedarf einer andern rechtlichen Begründung. Vom Concurse einer G. kann eigentlich nicht mehr gesprochen werden, sondern nur vom Concurse der einzelnen Gesellschafter. Aus dem Gesamtvermögen jedes Gemeinschuldners wird in der Regel eine Concursmasse gebildet und diese unter alle Gläubiger pro rata ihrer Forderungen vertheilt; in die Concursmasse jedes Gesellschafters würde daher sein ganzes Vermögen, liege es, wo es wolle, gezogen, sowohl dasjenige außer dem Gesellschaftsgut, als der ihm an diesem zustehende Antheil. Die Forderungen an die G. sind Forderungen an die einzelnen Gesellschafter. S. Gl. und P. Gl. concurriren also im Concurse einer und derselben Person. Jene haben als solche freilich den Vortheil, daß sie mehrere Schuldner haben, nämlich, der solidarischen Haft wegen, alle Gesellschafter, und daß sie ihre Forderungen in mehreren Concursen geltend machen können. Der fragl. Vorzug, welcher den S. Gl. noch überdies zustehen soll, würde also als das Recht derselben sich darstellen, sich aus demjenigen Theil der Concursmasse jedes einzelnen Ge-

fellowschafters, welcher als dessen Nata des Societätsgutes erscheint, mit Ausschluß der P. Gl. zu befriedigen. Diese wären erst bei Vertheilung desjenigen Theils der Concurssmasse, welcher außer dem Gesellschaftsgute liegt, dem sog. Privatgute des Gesellschafters, mit den S. Gl. gleich berechtigt wären. Welche Stelle würde diese ausnahmsweise und bevorzugte Befriedigung der S. Gl. im Concurse einnehmen? — Die Gläubiger können in zwei große Classen getheilt werden, in Pfandgläubiger und Chirographarien. Die Vindicanten nämlich, auch Separatisten (*ex jure domini*) genannt, sind nicht Creditoren, sie machen ein selbstständiges dingliches Recht geltend und haben mit Vertheilung der Masse Nichts zu schaffen. Die Pfandgläubiger haben ein dingliches Recht an einem oder mehreren Vermögensstücken des Gemeinschuldners, bedingt durch ein obligatorisches Rechtsverhältniß. Der fragl. Vorzug der S. Gl. hat eben nicht den Charakter eines dinglichen Rechtes. Die Chirographgläubiger sind entweder einfache (*simple*) oder privilegierte. Letztere haben ein sog. *privilegium exigendi*, welches sich auf die ganze, nicht verpfändete Masse erstreckt. Das fragl. Privilegium der S. Gl. hat aber das Eigenthümliche, daß es sich nur auf einen Theil der Concurssmasse bezieht, nämlich auf den Antheil des Schuldners an den Activen der Societät, und daß es hier allen andern Privilegien vorgeht. Die S. Gl. verlangen Ausschcheidung des Societätsgutes und aus diesem bevorzugte Befriedigung. Das im gemeinen Rechte ausgebildete Institut der Separation findet vielleicht hier Anwendung. — Das *beneficium inventarii* schützt den Erben vor der Gefahr, einen insolventen Nachlaß anzutreten. Dasselbe bewirkt, daß er niemals weiter haftet, als die Erbschaftsmasse zureicht. Es wäre nun unbillig, wenn nicht auch die Erbschaftsgläubiger einen Schutz hätten

gegen die Gefahr, in welche sie durch den Antritt eines insolventen Erben versetzt werden. Dieser Schutz gewährt ihnen das *beneficium separationis*. Wie jenes den Erben sichert, daß er nur mit dem Betrag der Erbschaft haftet, so sichert dieses die Erbschaftsgläubiger, daß er ihnen jedenfalls mit dem Betrage der Erbschaft haftet. Die Erbschaftsgläubiger können verlangen, daß die Erbschaft vom Vermögen des Erben getrennt und daß sie daraus, mit Ausschluß der Gläubiger des Erben, befriedigt werden. Die Erbschaft wird von dem Privatvermögen des Erben separirt und über sie ein *Particularconkurs* eröffnet. Die Erbschaftsgläubiger werden dann *Separatisten*, und zum Unterschied von den *Vindikanten*, welche auch *Separatisten*, und zwar *ex jure dominii*, genannt werden, *Separatisten ex jure crediti*. Das römische Recht kennt nur diese Art von Separationsrecht. Andere, diesem nachgebildete Rechtsverhältnisse werden *Quasi-Separation*, *jus s. beneficium quasi separationis*, genannt. Das fragl. Vorrecht der S. Gl. hat äußerlich viel Aehnliches damit. Wie die Erbschaftsgläubiger Separation des Erbgesetzes und ausschließliche Befriedigung aus demselben verlangen, und nur einen allfälligen Ueberschuß den Gläubigern des Erben überlassen, so fordern die S. Gl. ausschließliche Befriedigung aus einem von dem Privatgut der einzelnen Gesellschafter getrennten Gesellschaftsgute, und überlassen ebenfalls erst einen Ueberschuß den Gläubigern der einzelnen Gesellschafter. Es liegt aber ein wesentlicher Unterschied darin, daß bei der eigentlich römisch-rechtlichen Separation im Grunde zwei ganz getrennte Vermögen zweier ursprünglich ganz verschiedener Schuldner waren und daß namentlich die Erbschaftsgläubiger nachgehends nicht mehr das Recht hatten, den Erben zu belangen. Doch eine einflüssigere Erörterung der Frage,

ob der fragliche Vorzug wirklich als Separationsrecht aufgefaßt werden könne, hat an diesem Orte nur untergeordnetes Interesse, da es sich hauptsächlich darum handelt, ob wir den Vorzug irgendwo anerkannt finden, werde er nun als *privilegium exigendi* oder als Separationsrecht aufgefaßt.

Die Frage, ob das fragl. Privilegium wirklich jetzt schon existire, ist von derjenigen, ob dessen Einführung wünschenswerth sei, zu trennen. Ich habe vorerst jene zu lösen, werde aber gelegentlich auch auf den legislatorischen Standpunkt zurückkommen. Das Obergericht des Kantons Zürich hat durch Bestätigung eines Urtheils des Bezirkgerichtes Zürich vom Jahr 1840 jenes Privilegium sanktionirt, ist aber in neuester Zeit wieder davon zurückgekommen. Schauberg theilt in seinen Beiträgen zur Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege (I. 122. fg. VII. 24 fg.) die betreffenden Urtheile mit und wirt sich zum Vertheidiger jenes Privilegiums auf (I. 130 fg. und VII. 48—80; 177—218); er stellt sich die Aufgabe, nachzuweisen, daß dasselbe im gemeinen deutschen und französischen Handelsrechte längst anerkannt und zugleich in der Natur der Sache oder der wahren Gerechtigkeit begründet sei. Es wird kaum einer besondern Rechtfertigung bedürfen, daß ich hier den Abhandlungen Schauberg's prüfend Schritt für Schritt folge. Es mag zwar den Anschein haben, diese Abhandlungen haben zunächst nur für das zürcherische Handelsrecht Interesse. Aber, wie schon bemerkt, das Handelsrecht ist allgemeiner Natur, und Untersuchungen im zürcherischen Recht haben für das Handelsrecht jedes Staates einen gewissen Werth. Zudem stellt sich der Verfasser gerade auf jenen allgemeinen Standpunkt. Er sieht

zunächst von dem zürcherischen Rechte ab. Da in Zürich, wie er selbst zugibt (I. 130), „die durch gerichtliche Urtheile aufgestellten Ansichten ein gewisses Aufsehen erregten, weil man hier und da der Meinung war, es werden damit nicht bloß ganz neue, sondern auch schwer zu rechtfertigende Grundsätze ausgesprochen“, so hält er nicht für unangemessen, zu zeigen, es beruhen jene Urtheile „auf keinen andern Ansichten, als auf den in dem gemeinen deutschen und dem franz. Rechte längst anerkannten und zugleich in der Natur der Sache oder in der wahren Gerechtigkeit begründeten.“ — Dadurch, daß den betreffenden Abhandlungen hier spezielle Aufmerksamkeit geschenkt wird, ist denselben von vorne herein kein zu hoher oder gar in der Wissenschaft maßgebender Werth beigelegt. Ist nämlich das, was der Verfasser derselben sich nachzuweisen vorgenommen hat, wahr, so wird Jeder, welcher auf den Namen eines Juristen Anspruch macht, das leicht nachzuweisen im Stande sein; und wenn irgend Einer, der sich die allgemeine Anerkennung und Geltung der in Frage stehenden Ansichten nachzuweisen zur Aufgabe stellte, diese Aufgabe dennoch nicht löste, so kann mit Recht an der Existenz solcher Rechtsgrundsätze gezweifelt werden.

Zunächst nun Einiges über die erste Abhandlung (I. 122 bis 138). An der Spitze steht als Titel: „In dem Concourse einer Societät sind aus den Activen derselben die Societätsgläubiger, mit Ausschluß der Privatgläubiger der Associés, zu bezahlen.“ Es folgt dann zuerst die Nachweisung, daß dieser Grundsatz in dem gemeinen deutschen Rechte längst anerkannt sei. Der

Verfasser ist von der Unhaltbarkeit der Ansicht überzeugt, daß die G. O. als eine jur. Person angesehen werden müsse. Er gibt dieses wenigstens für das deutsche Handelsrecht, mit Berufung auf Eichhorn und Mittermaier, ausdrücklich zu (S. 138); theils geht es daraus hervor, daß er den fragl. Vorzug als ein Privilegium (*jus s. beneficium separationis, quasi separationis — remedium indemnitis*) auffaßt und als solches zu begründen sucht. (S. 130.)

Er beginnt diese Begründung mit dem Satze: „In dem gemeinen deutschen Rechte sind die in Frage stehenden Rechtsgrundsätze, was sehr zu beachten ist, und schon an sich in hohem Grade für ihre rechtliche Nothwendigkeit zeuget, keineswegs durch den Gesetzgeber, sondern durch die Rechtsgelehrten und die Praxis eingeführt, und stets mehr und mehr erweitert worden.“

Er gibt zu, daß das Privilegium nicht auf positiven Gesetzen beruhe, sondern von den Rechtsgelehrten und der Praxis neu eingeführt sei. Daß man aber mit Annahme von Privilegien sehr behutsam zu verfahren hat, versteht sich von selbst, und die schon bestehenden sind stricte zu interpretiren und nicht analog auszudehnen. Darüber drücken sich die Rechtslehrer sehr scharf aus. Thibaut sagt <sup>1)</sup>, alle Privilegien, welche früher wohlervorbene Rechte brechen oder willkürlich beschränken, seien ein wahre Pest. Das römische Recht habe ohne Zweifel in der Lehre vom Pfandrechte und der Rangordnung der Gläubiger im Concurse am meisten gesündigt.

Schweybe <sup>2)</sup> tadelt, daß man zu mannigfaltig von dem Grundsätze abgewichen sei, daß die Concurssmasse unter alle Cre-

<sup>1)</sup> Civilistische Abhandlungen. S. 308.

<sup>2)</sup> Concurse. S. 67.

ditoren gleich vertheilt werde pro rata ihrer Forderungen und eine sinnlose Verschwendung mit ganz unnatürlichen Vorzugsrechten treibe. „Bleibt nun gleich“, so fährt er fort, „der praktische Jurist in der Rechtsanwendung dem einmal gegebenen Rechte unterworfen, so hat er sich doch sehr zu hüten, durch Anwendung von Analogien die Fehler des positiven Rechts noch zu vergrößern, insbesondere wird er die von den Praktikern so vielfältig vernachlässigte Betrachtung nicht genug vor Augen halten können, daß jeder Erweiterung von Vorzugsrechten stets das wohlbegründete Recht eines Andern geopfert wird.“ Thibaut äußert sich noch in besonderer Beziehung auf die Separation, es lasse sich nicht mit Worten beschreiben, wie man in Beziehung auf diese Separatisten *ex jure crediti* gesündigt habe. — Es gewinnt einen großen Grad von Wahrscheinlichkeit, daß das fragl. Privilegium, wenn es nicht dem Gesetzgeber sein positives Dasein verdankt, auch von den Rechtsgelehrten, oder dem wissenschaftlichen Recht überhaupt, nicht eingeführt worden ist, also nicht existirt. Man kann doch den Rechtsgelehrten nicht so viel Inconsequenz zutrauen, daß sie sich auf der einen Seite entschieden gegen neue Privilegien aussprechen und dann doch wieder auf der andern Seite, ohne Unterstützung von Gesetzen, sich bemühen, ein sehr wichtiges, nämlich das in Frage stehende, einzuführen und, wie Schauberg behauptet, stets mehr und mehr zu erweitern. Man darf mit Recht von ihnen, die schon das römische Recht mißbilligen, erwarten, daß sie höchstens diejenigen Privilegien anerkennen, welche durch positive Bestimmungen festgesetzt sind, daß sie aber mit aller Macht gegen solche auftreten, welche nicht durch den Gesetzgeber eingeführt werden.

Schauberg fährt fort: „Schweppe (Concurs §. 148), Spangenberg (über das Separationsrecht ex jure crediti bei Concursen. Im Archiv für die civilistische Praxis X. 404 fg.) und Andere nennen mit Rücksicht auf diesen seinen Ursprung das Separationsrecht der Handlungsgläubiger, freilich nicht sehr passend, eine Erfindung der römischen Rechtsgelehrten.“

Schweppe, derselbe, welcher sich so ernst gegen neue Privilegien ausspricht, und Spangenberg sind als die vorzüglichsten Gewährsmänner citirt. Bei'm Lesen der citirten Stellen finden wir aber durchaus Nichts von dem, was sie beweisen sollen.

Weil es sich um ein Privilegium handelt, welches als Grundlage keine Gesetze aufzuweisen hat, sondern nur dem wissenschaftlichen Rechte seine Entstehung verdanken soll, sollte man doch erwarten dürfen, Rechtslehrer und Praxis werden klar bezeichnen, was sie neu einführen, und ausdrücklich darauf hinweisen, und namentlich, daß Einstimmigkeit herrsche, wenigstens der gewichtigsten Stimmen.

Schweppe so wie Spangenberg sagen (Letzterer mit Berufung auf den Erstern), wo sie ex professo die Fälle der Separation aufzählen, die Absonderung könne sich beziehen: 1) auf ursprünglich ganz getrennte Vermögen, und führen da die Separation der Erbschaftsgläubiger an, welche sie als den Hauptfall der Separation bezeichnen. Hierauf fahren sie fort:

- |  |   |
|--|---|
| a) Schweppe: 1)  | b) Spangenberg: 1)                                      |
| 2) „Als Erfindung der römischen Rechtsgelehrten auf blo- | 2) „Als Erfindung der römischen Rechtsgelehrten gehören |

1) Concurs. §. 148.

1) Im Archiv. X. 404.

ße Theile eines und desselben Vermögens, wo bei den Neuern auch der Ausdruck Quasi = Separation gebräuchlich ist, nämlich a) sollen bei der *actio tributoria* aus Handlungsgeschäften des Sklaven gegen den Herrn zwei verschiedene Handlungen des Sklaven für die besondern Gläubiger einer jeden separirt werden; eigentlich würde man diese Bestimmung auf die *actio tributoria* beschränken müssen, weil sie auf der engen Verbindung dieser Klage mit der Waare, besonders auf der Einschränkung der Klage auf den Bestand der Waare, beruht und bei Freien nichts Ähnliches vorkommt; der Gerichtsgebrauch ist aber für die allgemeine Anwendung dieser Separation auf alle Arten von Handelsleuten, insofern Gläubiger auf die Handlung creditirt haben, oder deren Waaren in die Handlung inferirt sind, entschieden.

dahin diejenigen Fälle, bei denen sich die Absonderung auf bloße Theile eines und desselben Vermögens bezieht, und von den Neuern unter dem Namen Quasi = Separation begriffen werden.

Als solche werden bezeichnet a) daß bei der *actio tributoria* aus Handlungsgeschäften des Sklaven gegen den Herrn zwei verschiedene Handlungsgomptoirs des Sklaven für die besondern Gläubiger eines jeden Comptoirs separirt werden sollen. — Ein Grundsatz, der durch die Praxis auf alle Arten von Handelsleuten, insofern Gläubiger mit Bezug auf die Handlung creditirt haben, oder deren Waaren in die Handlung inferirt sind, ausgedehnt worden ist. — (pag. 408.) Was die bei der *actio tributoria* eintretende Separationsbefugniß anlangt, so sind es gerade die bei dieser Klage eintretenden besondern Rechtsverhältnisse, welche sich jeder analogen Anwendbarkeit dieser Separationsbefugniß

auf andere als jene Rechtsverhältnisse widersehen.

Aus diesen auffallend gleichlautenden Stellen ergibt sich nun allerdings, daß es sich um eine Art Separation handelt, welche durch den Gerichtsgebrauch sich Geltung verschafft hat. Es kommt im römischen Recht in l. 5. §§. 15. 16. D. de trib. act. (14. 4.) <sup>1)</sup> die Bestimmung vor, daß, wenn ein Sklave verschiedene Handelsgeschäfte an demselben Orte oder das gleiche Handelsgeschäft an verschiedenen Orten betrieben habe, dannzumal die verschiedenen Handlungen mit den hierauf bezüglichen Gläubigern zu trennen seien. Was hat nun der neuere Gerichtsgebrauch gethan? Er entschied sich dahin, daß, was dort von Sklaven gesagt sei, auch auf Freie, also auf die Handelsleute der neuern Zeit, anzuwenden sei. Durch die Praxis ist somit nicht mehr und nicht minder als Folgendes eingeführt: Wenn ein Kaufmann zwei verschiedene abgesonderte Handlungen hat, so können bei'm Concurse desselben die Gläubiger Trennung und Befriedigung aus derjenigen verlangen, in Rücksicht welcher sie

<sup>1)</sup> §. 15. Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in iisdem confundendi erunt, et omnes in tributum vocandi, utputa duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam et separatos habuit creditores? Puto, separatim eos in tributum vocari; unusquisque enim eorum merci magis, quam ipsi credidit. — §. 16. Sed si duas tabernas ejusdem negotiationis exercuit, et ego sui tabernae verbi gratia, quam ad Hucinum habuit, ratiocinator, alius ejus, quam trans Tiberim, aequissimum puto, separatim tributionem faciendam, ne ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.

creditirten. Weiter geht die Praxis nicht, und schon dieser Schritt wird von den citirten Rechtsgelehrten als eine grundlose, willkürliche Ausdehnung von gesetzlichen Bestimmungen bezeichnet, die nur in Beziehung auf die eigenthümlichen Rechtsverhältnisse der Sklaven einen Sinn haben. Wollten wir auch die Praxis als eine unbestrittene und richtige gelten lassen, so steht dieselbe mit dem fragl. Separationsrecht der S. Gl. in gar keiner Verbindung. Es folgt daraus unmittelbar gar Nichts für Letzteres. In jenem auch auf freie Handelsleute ausgedehnten Grundsatz wird namentlich Nichts von einer Societät erwähnt, und nirgends werden S. Gl. oder auch nur Handelsgläubiger einfachen P. Gl. gegenübergestellt, sondern es ist von zwei Handlungen eines und desselben Inhabers und von Handelsgläubigern gegenüber andern Handelsgläubigern die Rede. — Daß das Separationsrecht der Handelsgläubiger, von welchem jene Rechtslehrer sprechen und welches sie, obwohl mit Tadel, als in der Praxis geltend anerkennen, ein ganz anderes ist, als das hier in Frage stehende der S. Gl., darüber ist mit Stillschweigen hinweggegangen, und so dem Leser glauben gemacht, die citirten Schriftsteller reden wirklich von demjenigen der S. Gl. Von Letztem wissen sie aber Nichts, und Schweyppé gibt deutlich zu verstehen, daß Nichts der Art existirt. Er behauptet nämlich, <sup>1)</sup> nachdem er alle Separationsfälle aufgezählt hat, unter denen sich aber derjenige der S. Gl. nicht befindet, ganz entschieden, daß die sonst noch angeführten Separationsfälle sämmtlich unbegründet seien. Wir sehen, daß die Rechtsgelehrten mit Beziehung auf Privilegien durchaus am Gesetze festhalten und entschieden gegen deren Ausdehnung auftreten

<sup>1)</sup> Concurr. §. 148.

und in dieser Richtung Alles als grundlose Erfindung bezeichnen. Wenn Schauberg zugibt, daß nicht Gesetze es seien, sondern Praxis und Rechtsgelehrte, welche das fragl. Separationsrecht eingeführt haben, so ist nach dem, was wir davon getroffen haben, der Schluß gerechtfertigt, daß im gemeinen deutschen Recht das behauptete Privilegium gar nicht existirt. Weder Gesetze noch Rechtsgelehrte, noch der Gerichtsgebrauch kennen dasselbe. Es wird nämlich vorausgesetzt und darf vermuthet werden, es sei auf diejenigen Rechtsgelehrten verwiesen, welche das zu Erweisende am besten und entschiedensten unterstützen.

Der Verfasser jener Abhandlung mußte selbst fühlen, daß es mit den Rechtslehrern nicht recht gehe, daß diese ihn nicht unterstützen, und deswegen kommt er wieder auf die Gesetze zurück, auf die er unmittelbar vorher verzichtet hatte. Durch eine ganz eigenthümliche Interpretation findet er endlich in der citirten Gesetzesstelle (l. 5. §§. 15. 16. D. de trib. act.) ein Belege für die Ansichten, welche er rechtfertigen will. Es wird nun Alles hinter einer Gesetzesstelle gesucht, welche offenbar nur noch rein antiquarischen Werth hat. Wir kennen deren Inhalt schon, <sup>1)</sup> wir wissen auch, daß bei den Bestimmungen der *actio tributoria*, überhaupt was vom Sklaven gesagt ist, in der Regel ebenfalls vom Haussohne gilt, und haben gesehen, daß die fragl. Gesetzesbestimmungen durch den Gerichtsgebrauch auf die freien Handelsleute übertragen und angewandt werden. Es wird nun behauptet (pag. 131 u. 132): „Sehr verschiedenartige Ansichten walten indessen über den Umfang des Ge-

1) Oben p. 58 Note 1.

richtsgebrauches. Die Mehrzahl der Rechtslehrer hält sich streng an die Worte des Gesetzes und gestattet bei demselben nur, daß an die Stelle des die Handlung betreibenden Sklaven ein freier Kaufmann gesetzt werde.

Ueber den Umfang des Gerichtsgebrauches walten nicht so gar verschiedene Ansichten, im Gegentheil, man trifft hier eine seltene und auffallende Uebereinstimmung. Diejenigen Rechtsgelehrten, welche am weitesten gehen, geben nicht mehr zu, als daß an die Stelle des Sklaven ein freier Kaufmann gesetzt werde, daß also, was von jenem gesagt sei, auch von diesem gelte. Die Mehrzahl der Rechtslehrer, von der Schauberg spricht, umfaßt alle; er allein setzt sich allen übrigen Rechtsgelehrten, der sog. Mehrzahl, entgegen und schöpft aus der fragl. Lex ganz neue Resultate. Was den Umfang des auf die betreffende Lex gestützten Gerichtsgebrauches betrifft, so geht nicht mehr hervor, als was wir schon bei Schweppe und Spangenberg gesehen haben. Wenn nämlich ein Kaufmann verschiedene Handlungen betreibt oder dasselbe Handlungsgeschäft an verschiedenen Orten und in Beziehung auf jedes derselben besondere Schulden contrahirt, so können die Creditoren Separation der Handlungen und Befriedigung aus derjenigen verlangen, rücksichtlich welcher sie creditirten. Nirgends ist von einem Separationsrecht von C. Gl. oder von dem Verhältniß von Handlungsgläubigern zu P. Gl. die Rede. Es werden dafür hier absichtlich viele Schriftsteller angeführt.

Die Controverse, ob die Bestimmungen der cit. §§. 15 und 16 auch auf freie Kaufleute auszudehnen seien, ist sehr alt. Schon Salgado de Samoja <sup>1)</sup>, welcher die erste voll-

1) Labyrinthus Creditorum Concurrentium. 1663. Pars II. c. 12. No. 68—75.

ständige Bearbeitung des Concurſes lieferte, behandelt dieſelbe ausführlich und gibt eine ausgedehnte Literatur an. Er beginnt mit dem Sage: „Nunc de celebri quaestione tractandum.“ Als quaestio ſtellt er auf, wie es zu halten ſei, wenn der Schuldner verſchiedene Handlungen an verſchiedenen Orten habe (*diversas negotiationes in diversis locis vel provinciis*), ob dann die Creditoren der Handlung an dem einen Orte in Beziehung auf die Waaren derſelben den übrigen Creditoren vorzuziehen ſeien. Ein gewiſſer Cumanus wird dann beſonders als derjenige aufgeführt, welcher die Anſicht begründe, daß das Vermögen eines Schuldners den Creditoren gegenüber als ein Ganzes aufzufaſſen ſei, und daß die betreff. §§. nicht auf Freie ausgedehnt werden können. Am Schluſſe ſagt Salgado de Samoja, in rechtlicher Beziehung ſei die Meinung des Cumanus die richtige (*in puncto juris certior mihi videtur opinio Cumani*); aber es ſeien die meiſten Rechtsgelehrten der entgegengeſetzten Anſicht, und der Richter müſſe der Autorität der Maſſe folgen.

Boet<sup>1)</sup>, welcher die Controverſe eben ſo ausführlich behandelt, ſpricht auch nur von einem Separationsrecht für den Fall, daß Einer in verſchiedenen Orten getrennte Handlungen habe. (*Quod, utrum etiam ad mercatores hodiernos pluribus in locis tabernas separatas habentes extendi debeat, ambiguum est.*)

Lauterbach<sup>2)</sup> geſteht, daß die Doctores die Beſtimmungen der l. 5. §. 15. auch auf freie Kaufleute ausdehnen (*quod Doctores etiam ad liberi hominis negotiationes*

1) Commentarius ad Pandectas. Tit. de trib. act. §. 6—8.

2) Compendium Juris. tit. act. trib. (14, 4).

extendunt). Er verwirft aber den ganzen Gebrauch der *actio tributoria* für unsere jetzigen Verhältnisse. (*Hodie hujus actionis nullus est usus.*)

Schulting <sup>1)</sup> spricht sich ganz entschieden gegen die Ausdehnung auf Freie aus (*nec ad illos qui hominibus liberis in simili casu credidere, est extendum*). Eben so Huber <sup>2)</sup> und Beyer <sup>3)</sup>. Glück <sup>4)</sup> sagt mit Beziehung auf Schulting, es sei kein Gebrauch von dem Separationsrecht zu machen, wenn eine freie Person mehrere Negotiationen treibe und ihr creditirt werde. Strube <sup>5)</sup> kennt die Ausdehnung des §. 15 auf freie Kaufleute, billigt sie aber nicht. Eben so Malblanc. <sup>6)</sup> Thibaut <sup>7)</sup> zählt unter den wenigen Fällen, wo Gläubiger das besondere Vorrecht haben, zu verlangen, daß sie aus einem besondern Theil des Vermögens des Gemeinschuldners allein befriedigt werden, den auf, wenn ein Kaufmann mehrere Handelsbuden gehabt habe. Da können nach einer nun einmal angenommenen Ausdehnung des römischen Rechts die Gläubiger, welche in Rücksicht der einen Handelsbude contrahirt haben, vor allen andern ihre Befriedigung verlangen.

Im Rechtslexikon von Weiske <sup>8)</sup> wird das Separationsrecht nur dann eingeräumt, wenn der Sohn oder Sklave verschiedene Handlungen führte.

1) *Thes. controvers. Decas. III. 53. 9.*

2) *Ad Dig. de trib. act. No. 4.*

3) *Ad Dig. tit. de trib. act.*

4) *Pandekten. tit. de trib. act. p. 267.*

5) *Rechtliche Bedenken. 1828. III. No. 772.*

6) *Principia Juris Romani sec. ord. Dig. 1801. §. 506.*

7) *System des Pandektenrechts. §. 1224.*

8) *s. v. actio trib.*

Von Wening = Ingenheim<sup>1)</sup> hält sich auch streng an den Buchstaben des Gesetzes.

Die Schriftsteller über Handelsrecht und Concursprozeß waren vorzüglich veranlaßt, das fragl. Separationsrecht, so es existirt, zu behandeln; aber auch nicht ein Einziger, den ich durchzusehen Gelegenheit hatte, berührt etwas davon. Sie kennen alle höchstens die Absonderung, welche dann eintritt, wenn der Erbdar zwei getrennte Handlungen geführt hat.

Meno Böhl<sup>2)</sup> sagt, nachdem er auf die Regel hingewiesen hat, daß alle Gläubiger des Gemeinschuldners an der Gemeinschaft der Güter Theil haben, daß ausnahmsweise jedoch die Gläubiger, welche einem Kaufmann, der mehrere Läden hatte, in einem derselben creditirt haben, eine Absonderung von den übrigen und ihre Befriedigung aus dem Bestande dieses einen Ladens fordern können. Das Hamburgische Recht, welches die durch Interpretation eingeführte Separation der Gläubiger eines Etablissements von denen eines andern nicht kenne, wenigstens nicht erwähne, halte sich an die wirkliche Disposition des römischen Rechts und gestatte die *separatio ex jure crediti* nur den Erbschaftsgläubigern. — Er verwirft also auch die Separationsbefugniß der S. Gl. für Hamburg, welches sie doch ausgebildet haben müßte, läge sie im Bedürfnisse des Handels.

Thöl<sup>3)</sup> setzt bei dem Fall, wo ein Kaufmann mehrere Handlungs = Etablissements mit getrenntem Handelsverlag hat, in einer Anmerkung hinzu, daß alsdann die Gläubiger separirt aus den Fonds, denen sie Credit gegeben, zu befriedigen seien, und verweist dabei auf die l. 5. §. 15. de trib. act.

<sup>1)</sup> Lehrbuch. S. 219.

<sup>2)</sup> Handelsrecht. I. 386. 415.

<sup>3)</sup> Handelsrecht. S. 19. p. 60. Anm. 8.

Freitschke <sup>1)</sup> verwirft die in die Praxis übergegangene Ansicht, daß die Bestimmungen der l. 5. §. 15 auf Freie auszudehnen seien, durchaus, sie seien von den Römern auch selbst auf Freie nicht angewendet worden, sondern nur auf Sklaven. Jedenfalls könne aus jener Lex für das Privilegium der C. Gl. Nichts gefolgert und bewiesen werden, wovon sich Jeder, welcher sie lese, sofort überzeugen werde.

Ludovicus handelt im 11. Capitel seiner Einleitung zum Concurßprozeß (10. Aufl. 1749) von dem Separationsrechte und führt den Fall der Quasi-Separation an: „wenn der Schuldner ein Kaufmann gewesen, an verschiedenen Orten seine absonderlichen Läden gehabt und Kaufmannschaft getrieben hat, denn da wird ein Jeder aus demjenigen Laden und denen darinnen annoch vorhandenen Waaren befriedigt, in dessen Ansehen er etwas verkauft oder geborget hat.“

Dabelow <sup>2)</sup> zählt zu den Personen, welchen die Rechtswohlthat der Quasi-Separation zuständig ist, oder zu den Quasi-Separatisten die Gläubiger eines Kaufmanns, welcher an verschiedenen Orten abgefonderte Läden gehabt hat, in welchen er seine Handelschaft getrieben und in Ansehung deren er verschiedene Schulden gewirkt hat.

Heffter <sup>3)</sup> und Linder <sup>4)</sup> sind gegen eine Ausdehnung der l. 5. §. 15. auf freie Kaufleute.

In Weiske's Rechtslexikon (s. v. Concurß) ist jene Ausdehnung auf unsere heutigen Kaufleute ebenfalls verworfen.

<sup>1)</sup> Gewerbsgesellschaft. §. 100. 101.

<sup>2)</sup> Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurße der Gläubiger. 1801. S. 347.

<sup>3)</sup> System d. römischen u. deutschen Civilprozeßes. §. 533.

<sup>4)</sup> Lehrbuch des gem. Civilprozeßes. §. 438.

v. G ö n n e r <sup>1)</sup> bezeugt, daß die Praktiker als rechtlich begründete Separation besonderer Theile des Vermögens den Fall aufzählen, wenn ein Kaufmann an verschiedenen Handelsplätzen besondere Läden oder am nämlichen Orte verschiedene Handlungen geführt und in Ansehung dieser verschiedene Schulden contrahirt habe, und weist auf I. 5. §. 15.

Schwepp e und Spangenberg, welche auch von einer weiter gehenden Praxis Nichts wissen, und die Ausdehnung jener Bestimmungen auf Freie mißbilligen, sind schon angeführt (oben p. 56.)

Ueberall höchstens nur Ausdehnung der betreffenden §§. auf freie Kaufleute, nirgends ein Versuch, daraus das fragl. Separationsrecht der S. Gl. herzuleiten; von Vielen wird im Gegentheil schon angedeutet, daß von einem solchen keine Rede sei, indem sie theils die Separationsfälle sämmtlich aufzählen, das fragl. Recht der S. Gl. aber nicht berühren, theils zudem bestimmt behaupten, andere Separationsrechte gebe es nicht.

Es konnte Schauberg nicht entgangen sein, daß die sog. Mehrzahl der Rechtslehrer aus der vielbesprochenen Lex die Sätze nicht herausfinde, welche er zu begründen sich vorsetzte. Er wirft ihnen nun vor (p. 132), sie halten sich zu streng an die Worte des Gesetzes und gestatten bei demselben nur, daß an die Stelle des die Handlung betreibenden Sklaven ein freier Kaufmann gesetzt werde, und fährt fort: „Mit dem vollen Rechte des Lebens und des Bedürfnisses verwirft Schwepp e die vorgehende Beschränkung, indem er sich dahin äußert:“ „der

<sup>1)</sup> Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. IV. 528.

Gerichtsgebrauch ist für die allgemeine Anwendung dieser (der römischen) Separation auf alle Arten von Handelsleuten, insofern Gläubiger in Bezug auf die Handlung creditirt haben, oder deren Waaren in die Handlung inserirt sind, entschieden; und alsdann ist es consequent, nicht bloß mehrere Handlungen, sie mögen nun mit verschiedenen Waaren, oder auch mit den nämlichen, aber an verschiedenen Orten, geführt werden, von einander, sondern auch eine einzige von dem übrigen Vermögen zu sondern, denn bei der *actio tributoria* ist auch eine einzige Handlung von dem übrigen Slavengute stets geschieden.“

Schweppé ist es wieder, der durch diese aus dem Zusammenhang gerissene Stelle nicht nur den C. Gl. vor den P. Gl. der *Associés*, sondern überhaupt Handlungsgläubigern vor Nichthandlungsgläubigern ein unbedingtes Vorrecht am Societätsgut, resp. Handelsgut, einräumen soll. Durch ihn hat Schauberg auf einmal mehr erhalten, als er zu beweisen Anfangs sich vorgenommen hatte. Wenn man aber die citirte Stelle genauer betrachtet, und damit in Verbindung bringt, was an andern Orten und gerade unmittelbar vorher und nachher gesagt ist, so wird es nur zu klar, daß Niemand weniger als Schweppé der Mann ist, auf den sich Schauberg berufen kann. Unmittelbar vorher sagt er, (es war oben p. 56 schon davon die Rede): „Eigentlich würde man diese Bestimmung auf die *actio tributoria* beschränken müssen, weil sie auf der engen Verbindung dieser Klage mit der Waare, besonders auf der Einschränkung der Klage auf den Bestand der Waare beruht, und bei Freien nichts Aehnliches vorkommt; der Gerichtsgebrauch (so fährt er fort) ist aber für die allgemeine Anwendung dieser Separation auf alle Arten von Handelsleuten entschieden; und alsdann u. s. w.“ dieser Separation, d. h. derjenigen, von

der eben die Rede war, wenn nämlich ein Sklave zwei Handlungen hatte. Schauberg sückt nach „dieser“ ein „der römischen“, was den Leser irre führen kann. Schweppé bleibt sich consequent, er macht auf das Ungerechte neuer Privilegien aufmerksam, nennt die Quasi-Separation eine Erfindung der römischen Rechtsgelehrten, mißbilligt die Praxis, welche die l. 5 auch auf Freie ausdehnt, begründet diese Mißbilligung dadurch, daß er sagt, diese Lex beruhe auf Eigenthümlichkeiten, von denen bei Freien nichts vorkomme. — Es ist ihm nämlich klar, daß der *actio tributoria* und den Bestimmungen dieser Lex die gleichen Principien zu Grunde liegen; als solche bezeichnet er: die enge Verbindung der Klage mit der Waare und besonders die Einschränkung der Klage auf den Bestand der Waare. Davon komme bei Freien Nichts vor; wollte man aber entgegen allen innern Gründen einzelne Bestimmungen dieser *actio* auf Freie anwenden, so müsse man consequent alle anwenden. So erklärt sich jener Nachsatz „und alsdann u. s. w.“ sehr einfach und schön aus dem consequenten Bestreben Schweppé's, neue Ausnahmen bei der Vertheilung der Concursmasse ferne zu halten. Er will von jenem falschen Gerichtsgebrauch abschrecken dadurch, daß er nachweist, er entbehre alles Grundes, und auf die consequenten Folgen hinweist. Er zeigt, daß man folgerichtig am Ende dahin kommen müßte, bei einer einzelnen Handlung Handlungsgläubiger von Nichthandlungsgläubigern zu trennen, da bei der *actio tributoria* auch die einzige Handlung von dem übrigen Sklavengute stets geschieden war. Er kann kaum im Ernste citirt worden sein zum Zeugniß eines wirklich bestehenden Separationsrechtes solcher Art, das sieht man schon, wenn man auch nur die bei Schauberg abgedruckte Stelle liest. Ein so wichtiges Privilegium, wollte wirk-

lich Schwegge auf dessen Existenz aufmerksam machen, wäre nicht so nebenbei hingeworfen worden, sondern er hätte es da, wo er die Separationsrechte detaillirt behandelt, ausdrücklich an die Spitze gestellt. Wenige Blätter weiter unten (§. 152) behandelt er *ex professo* den Fall, wenn eine Societät insolvent wird, und sagt, das Societätsgut sei unter die einzelnen Concurse nach Verhältniß der Societätsantheile zu vertheilen, also keineswegs den Societätsgläubigern zu bevorzugter Befriedigung zu überlassen. Wenn es sich darum handelte, das Gegentheil von dem, was Schauberg behauptet, zu beweisen, so könnte man sich wohl auf Schwegge berufen.

Als den Ansichten von Schwegge beistimmend, wird noch Spangenberg citirt. (S. 132.) Dieser stimmt allerdings Schwegge bei und behauptet, wie wir oben gesehen haben, bestimmt, daß die bei der *actio tributoria* eintretenden eigenthümlichen Rechtsverhältnisse es seien, welche sich jeder analogen Anwendbarkeit der Separationsbefugniß auf andere als jene Rechtsverhältnisse widersehen.

Fast eben so merkwürdig wird noch Pratobervera citirt; <sup>1)</sup> dieser soll zu dem, was bei obigen Beiden gefunden wurde, die besten Gründe aufstellen. Er sagt: „Ob aber auch in Oestreich ein Separationsrecht, bei verschiedenen Handelsunternehmungen desselben Gemeinschuldners, geltend gemacht werden könne, muß aus den bestehenden Handelsgesetzen und der Analogie entschieden werden, und kann, wie es scheint, nicht durchaus verneint werden. Doch wäre der strenge Beweis unerläßlich, daß nicht der Person des Gemeinschuldners,

1) Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den Oestreichischen Staaten. 1820. IV. 344.

wie dieß stets vermuthet wird, sondern einem von ihm verschiedenen Subjekt, einer mystischen Person, z. B. einer Fabrik, Gesellschaft auf Actien u. dgl., oder einem besondern Vermögen ausdrücklich Credit gegeben worden, und solches allen Gläubigern bekannt werden konnte, die außerdem durch solche Separationen leicht gefährdet werden, und nicht unterscheiden können: ob ihr Schuldner bei dieser oder jener Unternehmung gewinne oder verliere, und darüber, der Ordnung wegen, besondere Bücher führe; sie vertrauen vielmehr in der Regel seiner persönlichen Geschicklichkeit, Redlichkeit und dem ganzen Umfang seiner Vermögensumstände. In dessen wäre es allerdings erwünscht, daß der künftige Handelscode oder die Concursordnung nähere Vorschriften darüber enthielten.“ — Es darf nicht vergessen werden, daß Prato-beyera auch nur von einem Separationsrecht „bei verschiedenen Handlungsunternehmungen desselben Gemeinschuldners“ redet, und nicht daran denkt, ein ihm unbekanntes Separationsrecht mit Gründen zu belegen. Er beschränkt sogar noch die sonst in der Praxis anerkannte Anwendung der l. 5. §. 15 auf Freie, indem er sie an die Bedingung knüpft, daß wirklich auch der Grund derselben eintrete, daß nämlich mehr der Waare, als der Person creditirt werde (*merci magis quam ipsi creditit*.) Seine Bemerkungen über das Creditgeben sind besonders wichtig. Er kommt wiederholt darauf, daß dabei stets vermuthet werde, man habe dabei die Person und den ganzen Umfang der Vermögensrechte des Schuldners im Auge. Er wird von Schauberg als ein mit dem Handelsrechte vertrauter Mann bezeichnet, der die Sache begreife und nicht allzusehr am Worte hange. (p. 135.) Dennoch wird (p. 135) die Meinung Ulpian's in jener Lex, die zuvörderst dahin gehe, „daß

im Handel bei'm Creditgeben nicht sowohl auf die Person, welche die Handlung leite und betreibe, als auf den Handlungsfond, den angefüllten Laden, das vorhandene Waarenlager, die Handlung gesehen werde, aus dem innersten Leben des Handels und besonders des römischen Handels entnommen“, angeführt.

Es kommt nun, nach wiederholter fruchtloser Bemühung, die allgemeine Anerkennung der vorgeblich durch die Rechtsgelehrten und die Praxis eingeführten Ansichten durch Berufung auf die Rechtsgelehrten selbst nachzuweisen, die eigene Interpretation der berührten Lex. Ich würde mich nicht bemühen, noch näher darauf einzutreten, da aus dem bereits Gesagten deutlich genug hervorgeht, daß aus derselben für das fragl. Separationsrecht Nichts abgeleitet werden kann, und von den Rechtsgelehrten Nichts abgeleitet werden will, da also Alles, was Schauberg allfällig heraus oder hinein interpretiren könnte, nur als ein reformatorischer Gedanke von seiner Seite zu betrachten ist, und da er selbst in seiner zweiten Abhandlung aus dieser Lex keine Gründe mehr für das fragl. Separationsrecht ableitet und gesetzt (VII. 185. 186), daß seine frühere Entwicklung an dem Mangel leide, daß der in Frage stehende Rechtsatz zu wenig aus dem Wesen und den Eigenschaften einer G. und namentlich einer H. G. abgeleitet und begründet wurde: wir treffen aber auch bei den franz. Juristen die Berufung auf jene Gesetzesparagraphe, und aus der richtigen Interpretation derselben werden neue Argumente dafür sich ergeben, daß im gemeinen Rechte von einem Separationsrecht, wie es für die H. G. behauptet wurde, keine Rede ist. Schauberg argumentirt (I. 133—136) so: die Frage über die heutige Anwendbarkeit und die fort-

dauernde Gültigkeit der Bestimmungen des römischen Rechtes sei gleichbedeutend mit der Frage über den Grund dieser Bestimmungen, indem, je nachdem dieser ein allgemeiner oder nur ein durch besondere Verhältnisse bedingter gewesen, er überall und zu allen Zeiten anwendbar und gültig sei oder mit den besondern Verhältnissen zu bestehen und zu gelten aufgehört habe. Der Grund jener Bestimmungen nun, daß nämlich nicht dem Sklaven, sondern der Handlung (*merci magis, quam ipsi*) sei creditirt worden, sei ein allgemeiner; Ulpian habe da allgemeine handelsrechtliche Grundsätze aufgestellt, was er von den handelnden Sklaven sagte, habe von den Handelsleuten überhaupt gegolten, da dieselben, wenn auch nicht ausschließlich, doch der Mehrzahl nach, aus Sklaven bestanden. Ulpian's Meinung gehe also zuvörderst dahin, daß man im Handel nicht sowohl mit dem Inhaber einer Handlung als Person, als vielmehr mit der Handlung gleich einer Person contrahire, beim Creditgeben also auf diese sehe. Diese Meinung Ulpian's sei aus dem innersten Leben des Handels entnommen. — So ist Schauberg wieder dahin gelangt, wovon auszugehen er sich Anfangs nicht erlaubte, daß nämlich eine Handlung, also auch eine Societätshandlung, ein eigenes Rechtssubjekt sei, dem man creditire, mit dem man überhaupt contrahire, und er hält dafür, das liege im innersten Wesen des Handels und sei für den römischen Handel nachgewiesen. Ueber die moralische Person habe ich schon gesprochen, (es liegt hier wieder eine Rechtfertigung, daß es so ausführlich geschah), und daß jener, von Ulpian angeführte Grund kein allgemeiner, sondern durch besondere, jetzt überall nicht mehr bestehende Verhältnisse bedingt sei, wird zu zeigen nicht schwer sein.

Die römischen *servi* waren unfähig, eigenes Vermögen zu haben, und erwarben, wie Werkzeuge, nur für den Herrn; in vermögensrechtlicher Beziehung galt dasselbe auch für *filiifamilias*.<sup>1)</sup> Im Fortschritt der Zeit wurde ihr Zustand vielfach gemildert, und besonders faktisch stellten sich die Verhältnisse ganz anders dar, als nach dem Rechtsprinzip. Die Knechte konnten ein eigenes Vermögen, ein *Peculium*, zur eigenen Verwaltung erhalten; auch dem Haussohne wurde frühe schon ein solches überlassen. Rechtlich gehörten die *Peculien* noch immer zum Vermögen des Herrn und konnten von diesem nach Belieben eingezogen werden; man neigte sich aber immer mehr der Ansicht zu, den Sklaven oder Sohn, mit Rücksicht auf die *Peculien*, als selbstberechtigt zu halten. Durch Handlungen des Sklaven oder Sohnes wurde der Herr, resp. Vater, gegen Dritte gar nicht verpflichtet, (es wird hier von den Delikten abgesehen), wenn nicht ein besonderer Grund zur persönlichen Haft hinzu kam, z. B. Befehl, *in rem versio* u. dgl. Eine strenge Durchführung dieser Rechtsgrundsätze wäre unbillig und hart erschienen. Der Herr hätte das *Peculium* als sein Eigenthum behalten und die Gläubiger des Sklaven leer weggeschickt. Der Prätor half im Edikt. Er bestimmte, daß die Creditoren des Sklaven (was von diesem gesagt ist, gilt immer auch vom Sohne) sich wenigstens an das *Peculium* halten können; der Herr soll durch die Handlungen seiner Untergebenen, wenn nicht unbedingt, doch so weit die *Peculien* reichen, verpflichtet werden. So entstand die *actio de peculio*. Juristisch war es immer noch der Herr, welchem das Eigenthum an den *Peculien* zustand, doch durfte

<sup>1)</sup> Gajus, Institutionen. II. §. 86—95. — pr. J. per quas pers. (2. 9).

er dieselben den Creditoren nicht ganz vorenthalten, sondern nur den Theil, welchen er selbst allfällig von dem Sklaven zu fordern hatte. Faktisch gestaltete sich die Sache so, als gehöre das Peculium nicht mehr dem Herrn, sondern dem Sklaven. Es schien, als übe der Herr nur das Recht aus, das Vermögen eines Andern zu theilen, und als stehe ihm ein *privilegium deductionis* zu für dasjenige, was er selbst zu fordern hatte. Sein Eigenthumsrecht erschien als Distributionsrecht und Privilegium. — Die beschränkende Richtung machte weitere Fortschritte. Wenn der Herr zugab, daß der Sklave in eigenem Namen ein Handelsgewerbe trieb, so willigte er dadurch ein, daß das Peculium oder wenigstens ein Theil desselben dazu verwendet, mithin größern Gefahren ausgesetzt werde; es war daher billig, daß auch er diesen Chancen ausgesetzt sei und für seine Forderungen nicht durch das *privilegium deductionis* völlig gesichert bleibe. Der Prätor half auch hier und bestimmte in seinem Edikte, wenn ein Sklave mit Vorwissen seines Herrn Handlung treibe, so verliere letzterer sein *privilegium deductionis* und concurrirte bei Vertheilung der *merx*, oder des zur Handlung verwendeten *peculiums*, mit allen übrigen Gläubigern des Sklaven. <sup>1)</sup> So entstand die *actio tributoria*. Das Eigenthum des Herrn äußert sich nur noch in seinem Distributionsrechte. Beide Klagen sind aus derselben Quelle entsprungen, ruhen auf demselben Princip, Begünstigung der Creditoren des Sklaven gegenüber dem Herrn. Diese ist am bedeutendsten bei der *actio tributoria*. Der Herr wird dadurch einem *extraneus creditor* gleichgestellt; er verliert sein Vorzugsrecht. §. 5. J. *quod cum eo, qui in al. pot.* „In tri-

<sup>1)</sup> l. 1. pr.; l. 5. §. 7. de trib. act.

butoria actione domini conditio praecipua non est, id est, quod domino debetur, non deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus et ceteri creditores.“ Dieses Princip ist in den Pandekten auch an die Spitze des Titels „De tributoria actione“ gestellt (l. 1. pr. h. t.) und bei Entscheidung schwieriger Fälle stets als Norm gebend zu Hülfe genommen. So z. B. in l. 5. §. 7 h. t. von Ulpian. Der dem §. 15 dieser lex angehängte spezielle Grund kann wesentlich nichts Anderes ausdrücken, als das der ganzen actio zu Grund liegende Princip. Und so ist es auch. Während der an die Spitze gestellte Satz, der Herr verliere sein privilegium deductionis und stehe den andern Creditoren gleich, die rechtliche Stellung der Creditoren des Sklaven zu seinem Herrn bezeichnet, zeigt der dem §. 15. beigelegte Grund (merci magis quam ipsi credidit), wie sich das mit Beziehung auf die merx im Leben faktisch gestalte. Dieser Grund bezieht sich ebensowohl allgemein auf alle Bestimmungen der actio tributoria, als nur auf den betreffenden §. Wenn nämlich Jemand mit einem Sklaven contrahirte, so wußte er, daß er gegen ihn selbst entweder seine Ansprüche gar nicht oder doch nicht sogleich klagend verfolgen könne, daß auch der Herr nicht unbedingt hafte. Nur die merx konnte ihm einige Garantie geben und ihn zum Creditiren ermuntern, denn aus dieser mußte er bezahlt werden. Dafür diente ihm die actio tributoria, und man konnte wirklich mit Recht sagen, man creditire mehr der Handlung als dem Sklaven (merci magis quam ipsi servo.) Ganz auf gleiche Weise muß bei der actio de peculio gesagt werden, die Gläubiger creditiren peculio magis quam ipsi. Das gilt, wenn ein Sklave eine Handlung hatte, ganz ebenso, wie wenn er zwei und mehrere hatte. Die

Creditoren halten sich natürlich an die *merx*, rücksichtlich welcher sie creditirten. An die Stelle des *ipsi* darf nur der *servus* oder wer *alieni juris* ist, auf den die *actio tributoria* also sich bezieht, gesetzt werden, durchaus Keiner, der *sui juris* ist. Für römische Kaufleute *sui juris*, so wie für unsere Kaufleute, fehlen alle Fundamente der *actiones de peculio* und *tributoria*, welche hauptsächlich sind: die römische *potestas* und das römische *Peculien*system, und die Bestimmungen derselben haben nur noch antiquarisches Interesse für uns. Der contrahirende Kaufmann wird selbst klagbar verpflichtet und nicht ein Dritter; er haftet unbedingt, nicht bloß so weit die *merx* reicht.

Die *actio de peculio* und die *tributoria actio* concurriren electiv, 1) aber sie consumirten sich. Es wird diejenige gewählt werden, wodurch das Recht des Herrn am meisten eingeschränkt wird und am wenigsten fühlbar hervortritt. In l. 11. D. de trib. act. 2) gibt Gajus Anleitung, in welchen Fällen jede mit Vortheil gebraucht werde. Es ist dabei immer auf den Herrn zu sehen. Hat dieser z. B. selbst viel zu fordern, so wird die *actio tributoria* gebraucht werden, weil er dann den übrigen Creditoren gleich steht; wenn seine Forderungen nicht groß sind, ist die *actio de peculio* vortheilhafter, weil dann das ganze *peculium*, nicht bloß die *merx*, zur Vertheilung kommt. Nirgends wird daran gedacht, Handlungs-

1) l. 9. §. 1. D. de trib. act. Keller, *Litiscontestation* u. Urtheil. 1827. S. 34.

2) vgl. §. 5. J. quod cum eo. l. 5. §. 6. de trib. act.

gläubiger von Nichthandlungsgläubigern zu trennen und jenen die *merx*, diesen das übrige *peculium* zur Befriedigung anzuweisen. Der Herr darf mit Forderungen jeder Art (*ex quacunq̄ue causa*) sich an die *merx* halten, und wenn alle Gläubiger des Sklaven die *actio de peculio* wählten, so waren gewiß alle, waren sie Handlungsgläubiger oder nicht, gleichberechtigt. Wollte man am Ende auch annehmen, es handle sich um Auseinandersetzung der Handlungs- und P. Gl. des Sklaven, so ist nicht zu vergessen, daß beide Klagen sich consumiren. Daraus folgt, daß die S. Gl. sich an die *merx*, aber dann nur an diese halten können, und die P. Gl. an das übrige *peculium*. Wollten wir nun diese Grundsätze auf unsere Kaufleute anwenden, so kämen wir zu dem Resultate, daß S. Gl., wenn sie das Privilegium, sich ausschließlich am Handlungscapital zu befriedigen, geltend machen, dann gar nicht auf das Privatgut des Schuldners greifen können, und auf S. Gl. angewandt, daß die S. Gl. sich nur an die Activen der Societät und nie an die Privatvermögen der einzelnen *Affociés* halten könnten. Ein solches Separationsrecht könnte für die Handlungsgläubiger ein *privilegium odiosum* werden.

Kurz aus allen Bestimmungen der *actio tributoria* von A bis Z geht hervor, daß dadurch nicht die Schulverhältnisse der freien Kaufleute geregelt werden sollen, sondern daß sie auf ganz den Römern eigenthümliche Rechtsverhältnisse basirt sind. Treitschke <sup>1)</sup> traut jedem Juristen so viel zu, daß er glaubt, man brauche die citirten §§. der I. 5. nur zu lesen, um sich

<sup>1)</sup> Gewerbsgesellschaft. §. 100. 101.

zu überzeugen, daß daraus für ein Vorrecht der *S. Gl.* Nichts abzuleiten sei, und daß sie von den Römern selbst nicht angewendet worden seien, wo von Schuldverhältnissen Freier die Rede war. Wenn wir uns bemühen wollen, im römischen Recht handelsrechtliche Bestimmungen aufzusuchen, so werden wir uns nach Stellen umzusehen haben, wo von freien Handelsleuten, von solchen, welche *sui juris* sind, gesprochen wird. Erst wenn uns da die Gesetze rathlos verließen, könnten wir uns den Kopf zerbrechen, aus Bestimmungen, welche das Verhältniß der handeltreibenden Sklaven reguliren, darauf zu schließen, was wohl bei Freien Rechtens gewesen sei. Wenn auch den einzelnen Läden vielleicht meistens Sklaven vorstanden, welche den Detailverkauf besorgten, so waren doch die eigentlichen Kaufleute freie Römer eignen Rechtes. Die Verhältnisse derselben zu ihren Debitoren werden im römischen Rechte sich gewiß normirt finden. Derselbe *Ulpian*, von dem die meisten Bestimmungen der *actio tributoria* herrühren und namentlich auch jene *l. 5.*, läßt uns auch gar nicht im Zweifel, wie es bei Freien zu halten sei; er drückt seine Meinung klar und bestimmt dahin aus, daß man nicht einem bestimmten Theile ihres Vermögens, sondern ihrer ganzen Persönlichkeit, ihrer ganzen vermögensrechtlichen Sphäre creditire, und sagt in *l. 50. §. 1. D. de iudiciis (5. 1.)*: . . . . *quum non loci sit aes alienum, sed universarum facultatum; aes enim alienum patrimonium totum imminuere constat, non certi loci facultates.* Wenn er in jener *l. 5.* gesagt hat, man creditire mehr einem einzelnen Vermögensstück, der *merx*, als der Person des Debitors, so liegt darin durchaus kein Widerspruch. Letzteres gilt von Untergebenen (*alieno juri subiecti*); Ersteres von Freien (*qui sui juris sunt*). Die Titel *de*

exercitoria et institoria actione enthalten durchweg Bestimmungen über freie Kaufleute, wie sie namentlich durch ihre Untergebenen persönlich und im vollen Umfang verpflichtet werden. Wo die actio tributoria begründet war, konnte die actio institoria nie begründet sein, weil beide Klagen einander in ihren materiellen Grundlagen widersprechen. <sup>1)</sup> Es konnte wohl nicht selten sein, daß ein Kaufmann mehrere Geschäfte hatte und für jedes besondere Institoren. Da ist aber keine Rede davon, daß die Gläubiger des einen Etablissements Separation von denjenigen des andern verlangen können, noch weniger davon, daß die Gläubiger einer einzelnen Handlung Separation von den Nichthandlungsgläubigern desselben Kaufmanns ansprechen können. Wir haben da einen Schuldner, welcher unbedingt allen seinen Creditoren mit seinem ganzen Vermögen haftet. Die Verhältnisse, auf die sich besonders die actio institoria stützt, leben noch bei uns fort und zeigen sich besonders bei der H. G. So umfänglich und detaillirt durchgeführt, wie im römischen Recht, bemerkt L. H. Ö. I., <sup>2)</sup> ist die Lehre vom Institor nirgends, auch ist kaum ein Satz derselben unsern heutigen Verhältnissen widerstrebend. Selbst an Orten, wo das römische Recht ignorirt werden muß, wird man im Wesentlichen immer auf die römischen Sätze hinauskommen.

Aus abgestorbenen Verhältnissen und veralteten Gesetzesstellen des römischen Rechts dürfen keine Rechtsgrundsätze abgeleitet werden, welche mit den klarsten Bestimmungen desselben

<sup>1)</sup> Keller, Litiscontestatio. 435. — l. 11. §. 7. D. de inst. act.

<sup>2)</sup> Handelsrecht. §. 20.

in diametralem Gegensatz stehen. Ulpian's Meinung geht, wie Schauberg behauptet (S. 135), dahin, daß im Handel beim Creditgeben nicht sowohl auf die Person, als auf einzelne Vermögensstücke derselben, auf die Handlung, gesehen werde. Diese Idee liege auch im innersten Leben des Handels. — Ich glaube nachgewiesen zu haben, daß Ulpian ganz das Gegentheil von dem lehrt, was hier als seine Meinung angeführt wird, und daß das Gegentheil auch aus dem innersten Leben des Handels geschöpft werden muß, liegt auf flacher Hand. Schauberg ist hier auf die Spitze seiner Abhandlung gelangt. „Man contrahire“, behauptet er (p. 137), „nicht sowohl mit dem Inhaber einer Handlung als Person, als vielmehr mit der Handlung gleich einer Person.“ Er begnügt sich aber damit, sich auf Ulpian zu berufen; den Nachweis, daß die bei ihm gefundene Meinung im innersten Handelsleben ruhe, bleibt er schuldig. Sehr natürlich; denn im Leben zeigt sich bei jedem Schritte das Gegentheil. Es wird beim Creditgeben der Person des Schuldners als solcher vertraut und auf den ganzen Umfang seiner Vermögensumstände gesehen. Das bezeugt, wie Ulpian, wieder einer der Gewährsmänner Schauberg's, Pratoberera (oben p. 69.) Es darf mit dem vollen Rechte des Lebens behauptet werden, daß bei Geschäften mit Kaufleuten es die Person der Letztern ist, welche den Credit bestimmt, das Handelsgut tritt ganz zurück. Es kann ja leicht sein, daß ein Kaufmann nur einen kleinen Theil seines Vermögens zur Handlung verwendet, er wird Nichts desto weniger großen Credit haben; umgekehrt kann ein weniger bemittelter Kaufmann größere Handlungsfonds haben, weil er vielleicht sein ganzes Vermögen hineinlegte, und dennoch wird er weniger Credit haben als jener. Ganz dieselbe Verwandtniß hat es mit Handelssoctetäten. Die Handelswelt weiß

da zu gut, daß es die einzelnen Gesellschafter sind, welche solidarisch haften, und wird den Credit ganz auf die Solldität dieser Personen bauen, nicht etwa auf die höchst zufällige Größe des zusammengeworfenen Handlungscapitals. Gesezt aber auch, es wäre richtig, daß die einzelnen Creditoren bei'm Creditiren gewisse Güter des Schuldners, gewisse Theile seines Vermögens berücksichtigen, so wäre dieses Factum nicht gewichtig genug, den Creditoren ein Vorrecht irgend welcher Art an dem betreff. Theile des Vermögens des Gemeinschuldners zu begründen. Und wollte man diesen Grundsatz auch annehmen, so ist es eben so wohl Thatsache, daß die P. Gl. des einzelnen Associés bei'm Creditgeben nicht bloß dessen Privatvermögen berücksichtigen, sondern auch dessen Antheil an den Activen der Societät, sowie daß Nichthandlungsgläubiger eines Kaufmanns auch mit Rücksicht auf dessen Handlungsfonds contrahiren. Wenn man also auf das Creditgeben Vorrechte bauen wollte, so könnte man auch darauf kommen, den P. Gl. ein solches am Handlungsgut und den S. Gl. am Privatgute zuzuschreiben; streng genommen ebenso consequent als zu den Sätzen, welche Schauberg darauf stützt. Man müßte folgerichtig, weil sowohl Handlungsgläubiger als Privatgläubiger bei'm Creditiren auf Handlungsgut und Privatvermögen des Debtors sehen, dazu kommen, allen Gläubigern am ganzen Vermögen des Gemeinschuldners ein Vorrecht einzuräumen, was den Begriff eines Privilegiums total zerstören würde. — Aus der ohne alle Begründung hingestellten Behauptung, es liege im innersten Leben des Handels, daß man nicht sowohl der Person als dem Handlungsfond creditire, wird dann unmittelbar gefolgert (§. 135): „Wenn der äußere Träger und Inhaber der Handlung der Handelswelt mehr oder minder gleichgültig ist und sie nur dem vielleicht seit langen Zeiten begründeten Ruße der Handlung oder

des Handlungshauses vertrauet, dann hat dieses Vertrauen seine Grundlage und seine Erfüllung darin, daß das Gut des Handlungshauses den Handlungsgläubigern hafte und zu ihrer Bezahlung diene.“ Der Verfasser ist unerwartet zu größern Resultaten gelangt, als er sich zu finden vorgesetzt hatte. Es steht jetzt den Gläubigern der Handlung eines einzelnen Kaufmannes ein Separationsrecht gegenüber den P. Gl. zu, und das Separationsrecht der S. Gl. ist nicht aus der besondern Natur der H. G. geschöpft, sondern aus dem Charakter der S. Gl. als Gläubiger einer Handlung. Ich glaube durch die Natur der Sache selbst wirklich einer weitern Widerlegung jenes auf alle Handlungsgläubiger sich beziehenden Privilegiums überhoben zu sein. Ähnliches ist schon oben (p. 24) bei T a b o r getroffen und berührt worden, und ich will des vielen Streitens nicht erwähnen, welches nothwendig darüber entstehen müßte, was Handlungsgut und Privatgut sei, wer zu den Handelsleuten gehöre, ob nur Handelsleute oder wer überhaupt Handlungsgläubiger werden könne; dieses Labyrinth von Fragen, die Veranlassung zu einer Unzahl von Prozessen würden; ich will auch nicht weiter zu zeigen suchen, daß durch solche Grundsätze der Privatverkehr gefährdet, fast unmöglich gemacht würde. — Der Verfasser jener Abhandlung ist, wie schon berührt, wieder dahin gekommen, eine Handlung als ein Rechtssubjekt, als eine jur. Person zu betrachten, was er wirklich mit trockenen Worten am Ende seiner gemeinschaftlichen Erörterung (p. 137) zugibt, wo er sagt: „Ohne den Gedanken und Ausspruch Ulpian's, daß man nicht sowohl mit dem Inhaber einer Handlung als Person, als vielmehr mit der Handlung gleich einer Person contrahire, nach allen Seiten seiner möglichen Anwendung und Verwirklichung hier verfolgen zu wollen u. s. w.“ Er weist

dann auf das Hervortreten dieser Auffassung im franz. Handelsrechte hin. Diese Auffassung hat er nun bei Ulpian gefunden; freilich ist die Art, wie er zu diesem Resultate gelangte, sehr eigenthümlich. — In jener Stelle Ulpian's (l. 5. §. 15) und in der *actio tributoria* überhaupt ist nicht der contrahirende Sklave der Verpflichtete, sondern ein Dritter, der Herr: heutzutage aber derjenige, welcher Inhaber der Handlung ist. Dort haftet der Herr nur bis auf den Betrag der Handlung (*merx*): bei uns haftet der Kaufmann unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen. Dort ist der Inhaber der Handlung ein *alieno juri subjectus*, welcher kein Eigenthum hat, in der Regel nur ein vom Herrn *concedirtes peculium*: jetzt ist der Inhaber der Handlung ein Freier, *sui juris*, und diese ist sein Eigenthum. Dort ist von mehreren Handlungen (*tabernas*) die Rede: wir nehmen dafür nur eine an. Es sind dort die *H. Gl.*, die mit Bezug auf die eine Handlung creditirten, den *H. Gl.* der andern Handlung gegenüber gestellt: wir wollen einfach *H. Gl.* den *P. Gl.* gegenüber stellen. Die Bestimmung, daß die tributorische Klage und die *actio de peculio* sich consumiren, ignoriren wir, und lassen, was auf der *merx* nicht gefunden werden kann, auf dem übrigen *peculium* suchen und nachholen. — Auf diese Weise gelingt es uns endlich, aus der Bestimmung des römischen Rechts, daß, wenn ein Sklave mit Vorwissen seines Herrn zwei oder mehrere getrennte Handlungsgeschäfte geführt hat, die Creditoren Separation und Befriedigung aus demjenigen Geschäft verlangen können, rücksichtlich dessen sie creditirt haben, für unsere Verhältnisse folgenden Grundsatz abzuleiten: Wenn ein Freier eine Handlung hat und insolvent wird, so können die *H. Gl.* Separation und ausschließliche Befriedigung aus dem Handlungsgute, gegenüber den Nichthand-

lungsgläubigern, so wie für Nichterhaltenes Concurrnz mit  
 Letztern bei Vertheilung des Privatgutes des Creditors verlangen.  
 Und das so geschaffene Ding heißt dann „eine durch die verän-  
 derten Verhältnisse bedingte Ausdehnung der Bestimmungen des  
 römischen Rechts.“ Wollte man bei Interpretation von Ge-  
 setzen so verfahren, so ließe sich nicht absehen, wie weit das  
 führen würde. Jeder erdenkliche Satz, den gute oder üble Laune  
 zufällig in irgend einem Kopfe erwecken würde, fände so seine  
 Begründung im römischen Recht; abgesehen davon, daß das  
 Auffinden von Grundsätzen im **Corpus Juris** noch nicht ge-  
 nügt, deren Anwendung im Leben zu behaupten.

Der Schluß der betreffenden Abhandlung, so weit sich die-  
 selbe auf das gemeine Recht bezieht, lautet dann so, als ob  
 die im Eingange derselben nicht für unangemessen gehaltene Nach-  
 weisung sehr angemessen geführt worden wäre. Es heißt (p. 136.  
 137): „daß die Grundsätze des römischen Rechts als in dem  
 Wesen und der Natur des Handels begründet, als allgemein  
 gültige, auch bei uns und auf unsere Verhältnisse anwendbar  
 seien, dürfte einer weitern Begründung nicht bedürfen. Die  
 deutsche gemeinschaftliche Praxis hatte über die Anwendbarkeit  
 lange vor den Gelehrten entschieden, und nur das in der Praxis  
 Geltende konnten und wollten diese rechtfertigen.“ Diese Schluß-  
 sätze bilden, so zu sagen, eine Recapitulation des Ganzen. Es  
 ist darin behauptet:

1) die in jener Abhandlung aufgestellten Rechtsgrundsätze seien  
 diejenigen des römischen Rechts.

In wie weit die Nachweisung dieser Behauptung gelungen und  
 mißlungen ist, glaube ich genügend auseinander gesetzt zu haben.

2) sie seien im Wesen und in der Natur des Handels oder, wie im Eingange gesagt ist (p. 130), in der Natur der Sache und in der wahren Gerechtigkeit begründet; daher allgemein gültig und anwendbar. —

Darüber geht Schauberg mit der Bemerkung hinweg: das „dürfte einer weitem Begründung nicht bedürfen.“

3) sie werden auch durch die deutsche gemeinrechtliche Praxis allgemein angewandt und von den Gelehrten anerkannt und gerechtfertigt.

Nachdem es sich ergeben hat, daß überall von einer so weit gehenden Praxis Nichts gefunden werden konnte, und daß das, was darin gefunden wurde, auf die in Frage stehenden Rechtsgrundsätze zu keinem sie unterstützenden Schlusse berechtigt, von den Gelehrten durchaus nicht gerechtfertigt, sondern mißbilligt, getadelt und verworfen wird: muß ein so allgemein und entschieden lautender Schlusssatz sehr auffallen, und man ist genöthigt anzunehmen, entweder habe der Verfasser noch eine Masse Stoff, besonders alle Citate im Hintergrunde, welche anzuführen er überflüssig gefunden habe, oder er sei nicht im Stande gewesen, bessere Gewährsmänner aufzustellen. Es sind aber doch am Schlusse noch einige von denjenigen citirt, welche eine Praxis, in dem Sinne, wie der Verfasser sie behauptet, rechtfertigen sollen, nämlich:

Boet. Dieser spricht aber, wie wir oben (p. 62) schon gesehen haben, nur von einer Praxis, welche dann, wenn der Gemeinshuldner an verschiedenen Orten verschiedene Handlungen hat, Separation gestattet. Und

Glück, welcher das Wesen der *actio tributoria* auffaßt, gibt nur zu, daß die Bestimmungen jenes §. 15 der l. 5. auf *filii familias* oder überhaupt auf die Personen ausgedehnt

werden, für welche die *actio tributoria* eigentlich eingeführt wurde. Er sagt, über den heutigen Gebrauch der Klage sei Streit unter den praktischen Rechtsgelehrten; diese behaupten, sie sei nicht mehr zu gebrauchen, weil wir keine Sklaven mehr haben, und die Söhne durch Betreibung einer Handlung gewaltfrei werden. „Die tributorische Klage, fährt er fort, war eine Folge der richterlichen Gewalt des Vaters über den Sohn, die bei Teutschen unerhört ist. Doch das beweist nur, daß der Gebrauch selten sei, z. B. ein Sohn beim Vater und unter dessen Gewalt etablirt eine Handlung und geht bankerott. Die Gläubiger ersuchen den Vater, als arbiter die Waare mit ihnen zu theilen. Sollte da nicht die tributorische Klage Anwendung finden? Daß die Grundsätze dieses Titels übrigens mit Behutsamkeit anzuwenden sind, zeigt Strube.“

Wir stehen immer wieder auf dem alten Flecke. Alles, was von der *actio tributoria* in der Praxis sich Geltung verschafft hat, reducirt sich nach dem Zeugniß aller Rechtslehrer auf das schon zu oft wiederholte Separationsrecht bei mehreren Handlungen desselben Creditors. — Wirft man noch einen Blick über die ganze Abhandlung, so fallen vor Allem die vielen allgemein leitenden Phrasen und Ausdrücke auf. Immer wird von „längst anerkannten Grundsätzen“, „Anerkennung aller Rechtslehrer“, „Wesen und Natur des Handels“, „allgemein gültigen und allgemein anwendbaren Grundsätzen“, „deutscher gemeinrechtlicher Praxis“ u. dgl. gesprochen, so daß man zuerst kaum wagt, an deren Untrüglichkeit zu zweifeln und sie einer Prüfung zu unterwerfen; ist der Schritt aber einmal gewagt, so findet man, daß eine Begründung theils nicht versucht worden, theils gänzlich mißlungen ist, und man wird unwillkürlich an die

oben (p. 24 fg.) berührten Versuche von Hassenpflug und Labor erinnert.

Der Verfasser hat sich, indem er die Rechtfertigung jener einmal durch die zürcherischen Gerichte ausgesprochenen Ansichten übernahm, so zu sagen, auf jedem Schritte in Widersprüche verwickelt. Die Sache ist aber eben von der Art, daß eine Rechtfertigung nicht möglich ist.

Als das zürcherische Obergericht in einem neuern Urtheil für die H. G. sowohl die jur. Person, als das fragl. Privilegium verwarf, unternahm Schauberg <sup>1)</sup> noch einmal, zu zeigen, daß dieses Urtheil den neuern Ansichten der Wissenschaft, der Gesetzgebungen und Gerichte schroff entgegen irete (p. 48). Er will die Aufgabe erschöpfend lösen, darzuthun, daß aus dem Vermögen einer H. G. zuvor die Gläubiger derselben befriedigt sein müssen, ehe daraus das einzelne Mitglied bei deren Auflösung den ihm zukommenden Antheil beziehen und ansprechen dürfe, — und daß folgeweise zur Concurssmasse des einzelnen Gesellschafters aus dem Vermögen der G. nur gezogen werden könne, was als der Antheil des Erstern nach Abzug und Bezahlung der Schulden des Letztern übrig bleibe (p. 49). Er will den fragl. Vorzug nicht mehr als Separationsrecht geltend machen, sondern als etwas, das sich von selbst verstehe, d. h., er behauptet jetzt unumwunden, die H. G. sei ein eignes Rechts-

<sup>1)</sup> Beiträge. VII. 48—80; 177—218.

subjekt, habe Schulden, welche aus ihrem Vermögen natürlich bezahlt werden müssen. Ich kann mit Hinweisung auf das, was ich oben über diese Auffassung sagte, dieselbe als widerlegt betrachten und daher ganz kurz über die vorliegende Abhandlung weggehen. Es wird behauptet (p. 49, 78, 179), die eigentliche Frage sei nicht die, ob nicht den G. G. ein Separationsrecht zustehet, sondern einzig und allein die, welche Rechte der einzelne Gesellschafter an dem Gesellschaftsgute habe; die Frage, ob die G. eine juristische Person sei, bilde nicht die entscheidende Spitze, sie sei durchaus überflüssig und führe nur zu Verwirrungen (p. 52). Das ist Wortspiel. Es fragt sich, wem gehört das Gesellschaftsgut? Darauf kann nicht anders geantwortet werden, als den Gesellschaftern pro rata. Wer haftet für Gesellschaftsschulden? Antwort: die Gesellschafter. Diese haften allen Creditoren mit ihren sämtlichen Activen, liegen diese wo sie wollen. Der fragl. Vorzug muß so als Privilegium aufgefaßt werden. Diese Auffassung ist dadurch bedingt, daß im gemeinen deutschen Recht, und der Natur der Sache nach, die G. keine jur. Person ist, und als solche also kein Vermögen und keine Schulden hat. Jede andere Auffassung des fragl. Vorzuges, sie mag nun in Worte gekleidet werden, wie sie wolle, führt wieder dahin, daß die G. als eigne Person Rechte und Verpflichtungen getrennt von denjenigen ihrer Mitglieder habe. Schauberg mag noch so sehr sich bemühen, für sich den Schein zu retten, als fasse er die G. nicht als moralische Person auf, und gründe nicht darauf den fragl. Vorzug: jedem Sage, den er ausspricht, steht diese Auffassung doch an der Stirne geschrieben. Er weist nach, die G. als solche habe Vermögen und Schulden, sei ein selbstständiges Vermögenssubjekt, und behauptet, über diese vermögensrechtlichen

Sätze können keine verschiedenen Ansichten walten, mit Grund aber über die Frage, ob eine H. G. als eine moralische Person anzusehen sei oder nicht (p. 52). Im gemeinen Rechte hat diese Unterscheidung durchaus keinen Sinn. Was im ersten Satze als unzweifelhaft hingestellt ist, wird im zweiten wieder aufgehoben. — Der Verfasser stellt als entscheidend hin, die Gesellschaftsschulden müssen bezahlt werden, ehe ein Gesellschafter von den Activen der G. etwas erhalte. Das stützt sich natürlich darauf, daß die G. als solche, als jur. Person, Schulden und Vermögen habe, getrennt und verschieden von den Schulden und dem Vermögen der einzelnen Associés, was er des Weitläufigen darzuthun sich bemüht (p. 50. 51. 65. 68. 75. 79. 80. 178. 188. 207). Er weist nach, daß im gemeinen Rechte und in neuern Gesetzgebungen jede Erwerbsgesellschaft ein gemeinschaftliches Vermögen habe (53. fg.). — Das wird Niemand bestreiten; damit ist aber die Frage, wem dasselbe gehöre, nicht entschieden, und namentlich nicht, daß aus der Redensart, die G. habe Vermögen, schulde u. s. w., auf das Wesen derselben als eines selbstständigen Rechtssubjektes zu schließen sei. Die H. G. wird von dem Verfasser auch als Societät aufgefaßt (54 fg.). Mehr braucht nicht gesagt zu werden, um alle jene als unbestritten hingestellten vermögensrechtlichen Sätze, welche den Begriff einer jur. Person durchaus involviren, zu widerlegen. Das eigenthümliche Wesen und Leben der H. G. findet er eingeschlossen (p. 65) in diesem allgemeinen, bei allen Erwerbsgesellschaften geltenden Grundsätze, daß die Gesellschafter als solche oder für sich ein eigenes, ursprünglich aus den Beiträgen der einzelnen Gesellschafter gebildetes und von dem Vermögen der Letztern völlig abgeordnetes und verschiedenes Vermögen haben; — wenn damit zusammen gehalten werde, daß die H. G.

in der Regel lange dauernde und nicht selten durch mehrere Geschlechter hindurch sich erhaltende Verbindungen seien. Daraus können und müssen die meisten und bedeutendsten übrigen Sätze des Rechtes derselben abgeleitet werden. — Beides aber, sowohl das, was über das Rechtsverhältniß der G. als solcher, zum Societätsgut, als das, was über die Dauer der H. G. gesagt ist, hält nicht Stich und kann nicht das Fundament neuer Sätze, namentlich derjenigen, welche hier aufrecht gestellt werden wollen, werden. Es sind weder Rechtslehrer noch Gesetze citirt, welche von dem fragl. Vorzug der S. G. Etwas erwähnen, sondern Alles ist aus dem falschen und dem Wesen der G. widerstrebenden Grundsatz abgeleitet, daß dieselbe für sich Rechte und Verbindlichkeiten habe, welche die einzelnen Glieder derselben nicht berühren. Folgerichtig ist der Verfasser darauf gekommen (p. 187. fg.), daß der Concurß des einzelnen Gesellschafters und derjenige der G. an und für sich in keiner Verbindung stehen, und letzterer den erstern nicht nach sich ziehe. Daß das auch von der offenen G. und den solidarischen Mitgliedern derselben gelte, dürfe nicht verneint werden (p. 195). — Das ist entschieden unrichtig und beruht wieder auf dem Gedanken an die jur. Person. So lange ein offener Gesellschafter solvent bleibt, ist es die G., und der Concurß der G. zieht denjenigen aller Gesellschafter nach sich. — Nun soll das außerordentliche Unrecht des obergerichtlichen Urtheils, das keinen Concurß der offenen G., als solcher, sondern einzig und allein die Concurse aller Gesellschafter kennt, Jedem klar sein (p. 198). — Diese Ansicht des Obergerichtes ist aber durchaus richtig und eine natürliche Folge des über jeden Zweifel erhabenen Grundsatzes, daß die Gesellschaftsschulden auf den Gesellschaftern haften, und daß bei H. G. solidarische Haft der Associés Regel ist. Der Ver-

fasser bemüht sich dann noch, zu zeigen (p. 200. fg.), daß die Solidarität nicht den Sinn habe, daß der Creditor seine Rechte unmittelbar gegen seine Schuldner geltend machen könne, und wenn er auf gesetzliche Bestimmungen stößt, die bestimmt das Gegentheil und das einzig Richtige festsetzen, so tadelt er sie als dem Wesen der H. G. zuwiderlaufend (p. 203. 207). Der Merkwürdigkeit wegen führe ich noch an, was auf p. 69 gesagt ist: „Berücksichtigt man das gesammte vielgestaltige Leben und nicht bloß vereinzelte Fälle desselben, dann wird auch unter allen Verhältnissen der einzelne Gesellschafter, oder in dessen Concurs seine Masse, das gleiche rechtliche Interesse haben, so lange als möglich von seinem Vermögen, aus seiner Concursmasse, die G. Gl. fern zu halten und wegen ihrer Bezahlung an das Gesellschaftsvermögen zu verweisen.“ Wie kann es als etwas, für die P. Gl. selbst, Wünschenswerthes dargestellt werden, daß sie zusehen dürfen, wie das Societätsgut unter die S. Gl. vertheilt wird? Der für diese behauptete Vorzug wäre somit auch ein Vorzug für die P. Gl.

Es ist Schauberg in beiden Abhandlungen nicht gelungen, den fragl. Vorzug weder als Privilegium aufgefaßt, noch als Ausfluß des Charakters der H. G., als eines eigenen Rechtssubjektes, für das gemeine Recht als geltend hinzustellen. Sie sind bloß als legislatorische Versuche zu betrachten. Wenn vermuthet werden darf, es sei Alles dafür, daß der in Frage stehende Vorzug der S. Gl. existire, beigebracht werden, was zur Herstellung desselben dienen konnte, so könnte ich damit schließen, daß das gemeine deutsche Recht wirklich denselben nicht kennt; es hält aber nicht schwer, das als unzweifelhaft herzu-

stellen. Bei der zunächst zu entscheidenden Frage, ob das fragl. Privilegium existire, abgesehen davon, ob dessen Einführung wünschenswerth wäre und sich rechtfertigen ließe, hat man sich einfach bei den Rechtsgelehrten nach Rath umzusehen. Dasselbe ist von so großer Wichtigkeit, daß, wenn es irgendwie in Gesetzgebung oder Praxis vorkommen sollte, es gewiß in jedem Werke, worin über Concursrecht oder Concursprozeß Etwas gesagt ist, vorkommen müßte. Könnte nachgewiesen werden, daß nur in einem, im Uebrigen zuverlässigen und vollständigen Werke dieser Art Nichts davon erwähnt sei, so müßte man schon an der Existenz desselben überhaupt und jedenfalls an dessen allgemeiner Gültigkeit zweifeln. Wenn es sich aber herausstellt, daß kein Einziger dasselbe anführt und Einige zudem dasselbe ausdrücklich negiren; so steht unbestreitbar fest, daß von einer Existenz desselben im deutschen Handelsrechte durchaus keine Rede ist. — Da einstimmig die Grundsätze über Societät auf H. G. angewendet werden müssen, so erscheinen im deutschen Recht die Societätscrediteure, für welche der fragl. Vorzug in Anspruch genommen wurde, unter den privilegirten oder zur Separation berechtigten Creditoren; aber in keinem Werke über römisches Recht, jetzt geltendes gemeines deutsches Recht, deutsches Privatrecht, Handelsrecht, Civilprozeß, Concurs u. s. w., die ich darüber zu Rathe zog, habe ich dieses Privilegium bestätigt gefunden. Ich will die Masse von Schriftstellern, welche ich deswegen durchgegangen habe, und worunter auch alle schon in dieser Abhandlung citirten sich befinden, nicht aufzählen und nur noch auf einige Stellen aufmerksam machen, worin direkt oder indirekt ausgedrückt ist, daß ein solches Vorrecht wirklich nicht existirt, obgleich schon aus dem Stillschweigen der Schriftsteller auf dessen Nichtexistenz geschlossen werden kann.

Gmelin <sup>1)</sup> führt unter denjenigen, welchen das Recht der Absonderung von andern Gläubigern zusteht, die S. Gl. nicht auf, eben so wenig unter den privilegierten Creditoren, und sagt mit Beziehung auf jene (Kap. I. §. 19. p. 67.): „ähnliche Rechte einer außerordentlichen Absonderung seien ohne hinlänglichen Grund nicht anzunehmen“, und in Beziehung auf diese (Kap. V. §. 9. p. 354): „ohne ausdrückliches Gesetz oder richtige Gewohnheit sei die Billigkeit nie hinlänglich, ein solches Privilegium zu behaupten, und alle übrigen von den Rechtslehrern beigebrachten Privilegien seien erdichtet und finden nicht Statt, wenn sie nicht durch Gesetze oder Gewohnheiten eines Landes festgesetzt worden.“

Schweppe <sup>2)</sup> stellt als ein Fundamentalprincip des Concurfes auf, daß es über den nämlichen Schuldner zu der nämlichen Zeit immer nur einen Conkurs gebe, wegen der Einheit des Vermögens. Das Vermögen des Schuldners werde unter dem Namen der Conkursmasse als ein Ganzes zusammengefaßt. Zur Conkursmasse des Gesellschafters gehöre sowohl der ihm zustehende Antheil an den Activen der Societät als sein Privatvermögen. Von einem Privilegium der Societätsgläubiger weiß er Nichts und schließt diese, mit der Bemerkung von einem Separationsrecht aus, daß die sonst noch angeführten Separationsfälle sämmtlich ungegründet seien (oben p. 59).

Was Thibaut über das Separationsrecht sagt, ist hier zu wiederholen (oben p. 55).

Auch Biener <sup>3)</sup> erklärt sich entschieden gegen einen Par-

<sup>1)</sup> Die Ordnung der Gläubiger. 1793. 4te Aufl.

<sup>2)</sup> Conkurs. §. 11. a. No. 4.

<sup>3)</sup> Systema precessus judic. 1821. §. 298.

tifularconkurs, wenn die Güter im gleichen Territorium liegen. (At vero intra territorium regula est, ut uno concursu omnia expediantur.)

Daß der Antheil des Gesellschafters am Societätsgut den eignen Creditoren sowohl als denjenigen der Societät hafte, bezeugen v. Wenning = Ingenheim <sup>1)</sup> Schweppé <sup>2)</sup> u. A.

Viele Schriftsteller und namentlich diejenigen über Handelsrecht, sagen, Gläubiger, welche Darlehen an Kaufleute gemacht haben, so wie Wechselgläubiger, kommen bei'm Concurs als einfache Chirographarien in die letzte Klasse.

Gmelin <sup>3)</sup> spricht diesen Satz in seiner ganzen Allgemeinheit aus: „Kaufleute“, sagt er, „erhalten ihre Forderungen nur in der letzten Klasse“.

Daß kaufmännische Darlehen, welche sich dadurch charakterisiren, daß wenigstens der Schuldner Kaufmann ist, bei'm Concurs in die letzte Klasse kommen und namentlich auf kein Privilegium Anspruch haben, bezeugen Meno Böhl, <sup>4)</sup> Thöl, <sup>5)</sup> Mittermaier, <sup>6)</sup> Bendor. <sup>7)</sup> — Der einzige Vorzug, den solche Handlungsschulden mit sich bringen, sind höhere Zinse, und nur diese sind es, nicht etwa Privilegien oder Separationsrechte, die den Credit der Kaufleute erhöhen sollen. <sup>8)</sup>

Daß Wechselgläubigern im Concurs kein Privilegium zu-

<sup>1)</sup> Lehrbuch. S. 270.

<sup>2)</sup> Concurs. S. 36.

<sup>3)</sup> Ordnung der Gl. 429.

<sup>4)</sup> Handelsrecht. S. 91. 92.

<sup>5)</sup> Handelsrecht. S. 19. Anm. 3. S. 111. p. 338.

<sup>6)</sup> Privatrecht. S. 562.

<sup>7)</sup> Handelsrecht. S. 114. p. 243.

<sup>8)</sup> Mittermaier, Privatrecht. S. 562.

sieht, erklären Kräfte, 1) Gmelin, 2) Mittermaier 3) u. A.

Damit ist klar ausgesprochen, daß die bloße Thatsache, an eine Handlung Etwas zu fordern zu haben, der Forderung noch keinerlei Vorzugsrechte zusichert; davon kann also jedenfalls keine Rede sein, daß die Handlungsgläubiger am Handlungsfond ein Vorrecht haben. Das Darlehen kann nun auch einer Gesellschaftshandlung gemacht worden sein, die Wechselschuld kann auf einer H. G. haften; jene Stellen lauten eben so allgemein und unbedingt, daß man zu dem Schlusse genöthigt wird, auch Forderungen an H. G. werden in die letzte Klasse locirt, auch sie seien, abgesehen von allfällig höhern Zinsen, in keiner Weise bevorzugt.

Unter den Gründen der Auflösung einer G. führt Mittermaier 4) auch das Falliment der G. an und knüpft daran die Bemerkung: „Hier treten analogisch die Verhältnisse, wie sonst bei'm Concurse, ein.“ Es ist ihm nichts Besonderes, z. B. ein eigenthümliches Privilegium, bekannt, worauf aufmerksam zu machen er sich hätte veranlaßt sehen müssen.

Meno Böhl 5) verwirft außer der eigentlich römischen Separation der Erbschaftsgläubiger alle sonst noch hieher gerechneten Fälle der Quasi-Separation. Er zeigt uns an Hamburg ein treffendes Beispiel, woraus hervorgeht, daß, wie im positiven Rechte sich Nichts von einem solchen Rechte vorfindet,

1) Praktische Anmerkungen über den Concurseprozeß. 1786. §. 221. p. 497.

2) Ordnung der Gl. Cap. IV. §. 25. p. 299.

3) Privatrecht. §. 355.

4) Privatrecht. §. 555. No. 17.

5) Handelsrecht. §. 194. p. 415.

auch in der Handelswelt kein Bedürfniß dafür sich zeigt. Wäre so Etwas wirklich im Leben des Handels und Verkehrs begründet, so würde Hamburg nicht gezügert haben, demselben gesetzliche Sanktion angedeihen zu lassen; denn, sagt Pöhl: (§. 180. p. 395): „Das Hamburgische Recht scheint den Conkurs als zum Handelsrecht gehörig zu betrachten, weil es das Verfahren an das Handelsgericht weist. Auch sorgt, wie dieß freilich in einer Handelsstadt nicht anders sein kann, die Fallitenordnung hauptsächlich für den Handel, und die Gesetzgeber geben als Grund der Revision der Konkursgesetze hauptsächlich auch an, daß sie haben verhindern wollen, daß nicht durch die damals (im Jahr 1753) eingerissenen Mißbräuche das Commercium gestört, der allgemeine Credit geschwächt . . . . werde.“ An den fragl. Vorzug dachte Niemand, er hätte auch wirklich statt Credit die größte Unsicherheit und Gefahr in den Rechtszustand gebracht.

Aus dem Gesagten kann kaum mehr gezweifelt werden, daß die Schriftsteller nicht nur Nichts von dem fragl. Vorzug wissen, sondern ausdrücklich dessen Nichtexistenz behaupten. Folgende Schriftsteller überheben uns jedes Zweifels. Schwegge, seinen Grundsätzen getreu, behandelt den Fall, wo eine Societät insolvent wird, ausführlicher. <sup>4)</sup> Er spricht da unzweideutig aus, was man eigentlich aus vielen andern Stellen seines Werkes schon hat ableiten können: „Stehen mehrere Schuldner in einer Partikularsocietät, wobei jeder Theil privatives Vermögen und privative Gläubiger hat, so läßt sich sehr wohl ein Conkurs des Einen ohne alle Insolvenz des Andern denken; allein, wenn auch beide insolvent sein sollten, ist doch ein doppelter

<sup>4)</sup> Conkurs. §. 152.

Concurß zu eröffnen, daß Societätsgut unter beide Concurße nach Verhältniß der Societätsantheile zu vertheilen, und höchstens nur so lange die factische Aufstellung noch nicht bewirkt ist, gemeinschaftlich zu verwalten; der Societätsgläubiger aber nach Maßgabe der Societätsantheile zu einer theilweisen Profection der Forderung in jedem Concurße zu verweisen, wenn nicht *obligatio in solidum* der *socii* denselben sich bloß an die eine Masse, oder an beide alternativ zu halten berechtigt.“ Klarer, als Schweppe es mit diesen Worten thut, könnte ein Privilegium der S. Gl. nicht verworfen und gesagt werden, die P. Gl. concurriren mit den S. Gl. bei Vertheilung der Activen der Societät oder des dem Schuldner zufallenden Antheils an denselben als gleichberechtigt. Die S. Gl. ist eine Partikularsocietät mit *obligatio in solidum* der *socii*. Schweppe schrieb „das System des Concurßes nach dem gemeinen in Teutschland geltenden Rechte“, und daß seine hier aufgestellten Grundsätze im deutschen Handelsrechte gelten, bezeugt auch Treitschke. In §. 100 seiner „Lehre von der Gewerksgesellschaft und der Commandite“ handelt er „von der Concurrrenz der Societätsgläubiger mit den Privatgläubigern der einzelnen Genossen.“ Auch er stellt als Grundsatz auf, so viele Genossen, so viele Massen werden gebildet, jede aus dem Antheil des Gemeinschuldners am Societätsvermögen und aus dessen persönlicher Habe. Den S. Gl. steht keinerlei Priorität zu, sondern alle Gläubiger haben gleiche Ansprüche auf Befriedigung aus sämmtlichen Gütern des Gemeinschuldners, welche zur Masse gehören.

Ich berühre nur noch Kind, welcher in seinen „*Quaestiones forenses*. (Lipsiae 1807.) IV. 81 sq.“ den fragl.

Vorzug ebenfalls speziell behandelt. Er behauptet (p. 87), man creditire den Personen der einzelnen Gesellschafter, nicht dem Societätsgut, und dieses gehöre den Gesellschaftern zu ideellen Theilen (p. 89). Der fragl. Vorzug erscheint ihm als Privilegium an einem Theil der Concurssmasse (p. 88), er lasse sich aber nicht rechtfertigen (*Sed haec sententia nec legibus, nec idoneis juris rationibus probari potest*). Weiderlei Creditoren seien aus dem Gesamtvermögen des Creditars, wozu sowohl der Antheil am Societätsgut als das Privatvermögen (*reliquum patrimonium*) gehöre, *pro rata* zu befriedigen (p. 89). Die den Römern unbekannt Firma ist ihm ganz richtig der Stellvertreter der Namen aller Gesellschafter (*Firma a sociis electa vice nominis omnium sociorum fungitur*).

Die dieser Untersuchung zu Grunde gelegte Frage, ob die S. Gl. zum Voraus aus dem Societätsgut, mit Ausschluß der P. Gl. der Gesellschafter, zu befriedigen seien, muß für das deutsche Handelsrecht entschieden verneint werden.

Einen großen Vortheil haben die S. Gl. allerdings vor den P. Gl. der einzelnen *Affociés*; dieser besteht aber, wie eben gezeigt worden ist, nicht darin, daß ihnen im Concurse der einzelnen Gesellschafter ein Privilegium zustehe, sondern darin, daß sie nicht nur diesen einzelnen Gesellschafter zum Schuldner haben, sondern alle zusammen, und daß sie sich also in mehreren Concursen melden können. Das ganze Räthsel der Eigenthümlichkeiten der S. Gl. liegt in der Solidarität der einzelnen Mitglieder derselben. Die Regel, daß die Mitglieder einer S. Gl. *in solidum* verbindlich werden, wenn eines derselben im Namen Aller handelt, also von der Firma Gebrauch

macht, ist ein Ergebniß der neuern Zeit und zu Gunsten des Handels entstanden. Kein anderes Mittel konnte den Credit mehr befestigen als dieses. Bender sagt <sup>1)</sup>: „der gewöhnliche Weg, Verpfändungen u. dgl., hätten das Zutrauen zu solchen Gesellschaften nie so befestigen können, wie es der Grundsatz thut, daß sämtliche Theilnehmer *in solidum*, Einer für Alle und Alle für Einen, haften.“ — Man darf mit Recht sagen, daß die S. G. dadurch eigentlich zu einer *societas omnium honorum* geworden sei. <sup>2)</sup> — Die Realisirung dieses Vortheils der S. G., sich mit ihrer Forderung an alle Gesellschafter halten zu dürfen, wird allerdings mit nicht unbedeutenden Schwierigkeiten verbunden sein. Es wird etwas schwer fallen, die Forderungen so unter die einzelnen Concurse zu verlegen, daß weder die Rechte der S. G. noch diejenigen der P. G. geschmälert werden; allein die Rücksicht auf Schwierigkeiten kann nicht davon abschrecken, das Recht zu befolgen. Daß die Schwierigkeiten, welche bei Vertheilung der einzelnen Massen unter die S. G. und P. G. entstehen, aber keine solchen sind, welche nicht überwunden werden können, zeigt der Oberappellationsrath Treitschke <sup>3)</sup> zu Dresden, indem er mehrere Berechnungsarten zur freien Auswahl vorschlägt, welche zu wiederholen, nicht dieses Ortes ist; es handelt sich nur um die Möglichkeit einer Auseinandersetzung, nicht um das Wie derselben. Um das Rechnungswesen möglichst zu erleichtern, möchte man darauf verfallen sein, sich nicht lange mit Vertheilung des Societätsgutes und Ausgleichung der verschiedenen Massen wegen der

<sup>1)</sup> Handelsrecht. I. §. 150. p. 312.

<sup>2)</sup> Maurenbrecher, deutsches Recht. §. 347.

<sup>3)</sup> Gewerbsgesellschaft. §. 100.

Societätsschulden abzumühen, sondern sogleich das Societätsgut, woran Alle Theil haben, unter die S. Gl., welchen Alle hatten, zu vertheilen und so den S. Gl. zu der solidarischen Haft der socii noch ein Vorrecht zu schaffen. Aber damit ist die Schwierigkeit nicht aufgehoben, nur einige Augenblicke aufgehoben. Werden nämlich die S. Gl., was in der Regel geschieht, aus dem Societätsgut nicht ganz befriedigt, so sollen sie bei Vertheilung der Privatvermögen mit den übrigen Creditoren concurriren. Wegen der solidarischen Haft aller Gesellschafter tritt uns wieder die gleiche Frage entgegen, wie die einzelnen Forderungen der S. Gl. in den einzelnen Concurssen verfolgt und die einzelnen Massen für allfällig Mehrbezahltes ausgeglichen werden sollen, mit den gleichen Schwierigkeiten ihrer Lösung. Ueberdieß sind dem gemeinen Recht, wie jedem andern, Fälle genug bekannt, wo von Solidarität die Rede ist, und wo die Frage jedenfalls gelöst werden muß, wie Forderungen in den verschiedenen Concurssen der einzelnen Solidarschuldner locirt und befriedigt werden. Fälle der Art kommen namentlich viel im Wechselrechte vor. — Die Eigenthümlichkeit der S. G. gründet sich ganz auf die solidarische Verbindlichkeit ihrer Mitglieder, aus der sich ergibt, daß die S. Gl. sich an mehreren Concurssmassen halten können. Wollte man ihnen bei den einzelnen Massen noch Privilegien zugestehen, so müßte das aus ihrer Eigenschaft als Handlungsgläubiger überhaupt und nicht aus der Eigenthümlichkeit der S. G. folgen, und man käme consequent dazu, allen Handlungsgläubigern die in Frage stehende Rechte gegenüber Nichthandlungsgläubigern einzuräumen.

Für das gemeine deutsche Handelsrecht stehen nunmehr folgende Rechtsgrundsätze fest:

1) Die Handelsgesellschaft ist keine juristische Person. Sie hat als solche weder eigne Rechte noch Verbindlichkeiten, sondern die einzelnen Mitglieder derselben sind es, die in allen Verhältnissen, welche die G. betreffen, selbst und allein als berechtigt und verpflichtet erscheinen.

2) Sie ist nach den Regeln des römischen Rechts über Societät, wovon sie eine Art ist, zu beurtheilen; sie hat nur das Eigenthümliche, daß solidarische Verbindlichkeit aller Mitglieder als Regel gilt. Für diese Eigenthümlichkeit finden sich Analogien im römischen Recht bei den Bestimmungen über das Institorenverhältniß. Die Vermuthung einer gegenseitigen *praepositio institoria* kommt der Berechtigung zur Firmaführung völlig gleich.

3) Die Firma der Handelsgesellschaft ist nichts Anderes als die abgekürzte Bezeichnung aller solidarisch haftenden Gesellschafter.

4) So lange ein Mitglied solvent bleibt, ist auch die Handelsgesellschaft solvent, und der Concurß der letztern ist nur der Concurß aller einzelnen Mitglieder. Es gibt also so viele Concurse als Mitglieder sind, und natürlich bei jedem eine eigene Concurßmasse.

5) In die einzelne Concurßmasse fallen die sämmtlichen Güter des Gesellschafters, sein Antheil am Societätsgut sowohl, als sein übriges, außer der Societät liegendes Vermögen, das sog. Privatgut.

6) Die S. Gl. müssen ihre Forderungen, wie die sog. P. Gl., in den einzelnen Concurßen ihrer Debitoren, der Gesellschafter, anmelden. Jene können keinen Partikularconcurß

verlangen; es steht ihnen weder ein Separationsrecht noch ein Privilegium irgend welcher Art zu. Alle Creditoren, diejenigen, welche der Gesellschafter als Societätsmitglied hat, sowohl als dessen P. Gl. kommen hier nach der allgemeinen Regel als gleichberechtigt zur Vertheilung der ganzen Masse.

7) Der Vortheil der Societätsgläubiger gründet sich einzig und allein auf die Eigenthümlichkeit der neuern H. G., nämlich auf die Solidarität der Gesellschafter. Zuzufolge derselben haben die S. Gl. nicht nur einen, sondern mehrere Schuldner, und sie können ihre Befriedigung in den Concurfen aller ihrer Schuldner suchen.

Im französischen Handelsrechte ist die Frage, ob den S. Gl. irgend ein Vorrecht mit Rücksicht auf das Societätsgut zustehe, wenn nicht so allgemein und entschieden verneint, wie im gemeinen Rechte, doch auch nicht allgemein bejaht. In der Gesetzgebung liegt gar keine Veranlassung, ein solches Vorrecht anzunehmen, sondern wir treffen im Gegentheil gesetzliche Bestimmungen, welche sicher darauf schließen lassen, daß das französische Recht die Sache ganz vom gleichen Standpunkt auffaßt, wie das gemeine deutsche Recht. Daß der Gedanke, die Societät als eine moralische Person aufzufassen, den franz. Gesetzen ganz fremd ist, habe ich oben (p. 33 fg.) gezeigt. Wäre das fragl. Privilegium nun eine rechtliche, in der Natur des heutigen Handels und der neuern H. G. liegende Nothwendigkeit, wie wäre es verzeihlich, daß der Code de Commerce, der doch sonst auf ziemlichliche Vollständigkeit Anspruch

machen kann, und der die Handelsverhältnisse, wie sie damals schon ausgebildet sich zeigten und jetzt noch fortbestehen, zu normiren, sich zur Aufgabe machte, — nicht ausdrücklich dasselbe sanktionirt hätte, sondern mit Stillschweigen darüber hinweggegangen wäre? Die fragl. Gesetze enthalten sogar Bestimmungen, welche sich nicht leicht mit der Annahme des fragl. Privilegiums vereinigen. Sie bestimmen, daß beim Fallimente einer Gesellschaft am Wohnorte jedes solidarischen Mitgliedes versiegelt werde, daß also der Conkurs der Gesellschaft denjenigen aller Associés nach sich ziehe. 1) Sie stellen den Grundsatz auf, daß sämtliche Güter des Gemeinschuldners für die von diesem eingegangenen Verbindlichkeiten haften, von welcher Art sie auch seien. 2) Es wird kein Unterschied gemacht zwischen dem Antheil am Societätsgut und dem übrigen Vermögen des Eridars zwischen Gläubigern, die er als Societätsmitglied hat, und Privatgläubigern. — Auf die Gesetzgebung stützt sich das fragl. Privilegium nicht, was die franz. Juristen theils stillschweigend, theils ausdrücklich anerkennen, indem sie sich dafür entweder auf keine Gesetze berufen, oder gestehen, die Gesetze enthalten Nichts der Art. Es darf mit Grund behauptet werden, daß der franz. Gesetzgebung diejenigen Rechtsgrundsätze zu Grunde liegen, welche als das Ergebniß des gemeinen deutschen Rechtes erschienen sind. —

Von einzelnen Juristen und von französischen Gerichtshöfen sind allerdings abweichende Ansichten aufgestellt und zu begründen gesucht worden. Sie sind es namentlich, denen wir

1) Art. 440. 452. Code de Comm. *Duvergier et Valette*, revue de droit français et étranger. Paris 1845. II. 641. sq. *Schauberg*, Beiträge. VII. 199—203.

2) Art. 1188. 2092. Code Civil. Art. 471. Code de Comm.

die Idee des Rechtes der S. Gl., sich mit Ausschluß der P. Gl. der einzelnen Associés aus dem Societätsgut zu befriedigen, verdanken. Abgesehen davon, daß sich mit Recht behaupten läßt, Wissenschaft und Praxis vergessen ihre Stellung, wenn sie ein neues Gesetzbuch durch Sätze von so großer Wichtigkeit ergänzen wollen, können diese jedenfalls noch nicht als allgemein anerkannt und geltend betrachtet werden.

Locré <sup>1)</sup> erwähnt Nichts von einem Vorrechte der S. Gl. Er gibt an, man habe durch die Bestimmungen des Code de Commerce die Handelscreditoren besonders gegen die Weiber der Gemeinschuldner schützen wollen. Er beschreibt recht lebhaft, welchen Unfug diese früher zu treiben berechtigt waren. »Les malheureux créanciers«, sagt er p. 101, »étaient condamnés à passer leurs jours dans les privations et dans les larmes, pendant que la femme coulait les jours tranquilles dans la mollesse et dans l'oisiveté. Il est temps enfin de mettre un terme à ses scandales! etc.« Der Gesetzgeber sei dadurch zu der harten Nothwendigkeit (dure nécessité) geführt worden, streng zu sein, wo er nur generös zu sein wünschte (forcent le législateur à se montrer sévère, quand il voudrait n'être que généreux.) Trotz dem, daß es sich bei Abfassung der Gesetze also um Strenge gegen die Weiber und um Sicherstellung des Handels handelte, ist nicht Handels- oder Societätsgläubigern ein Privilegium errichtet und dadurch die Sicherheit des Weibergutes gefährdet worden, es wurden nur strengere Bestimmungen darüber aufgestellt, was Weibergut sei. Es sollen diesem seine Rechte nicht geschmälert, aber dafür gesorgt werden, daß diese Rechte nur

<sup>1)</sup> Esprit. VII. 97—102.

dem wahren Weibergute zustehen. Die Grundlage aller Artikel, welche hierüber entstanden sind, ist, daß die Frau im Concourse wieder erhält, was sie wirklich zugebracht hat, aber nur das. (VII 102.)

Duranton, welcher auch der Meinung ist, es gehöre, wie nach keinem andern Rechte, im franz. Rechte die S. Gl. zu den moralischen Personen, <sup>1)</sup> stellt merkwürdiger Weise noch die Frage auf, ob das fragl. Privilegium existire; <sup>2)</sup> dadurch erklärt er, daß er mit Ernst nicht an die moralische Person denkt. Die rechtliche Begründung des Privilegiums gleicht auffallend dem, was wir bei Schauberg auch angetroffen haben. Duranton unterstützt das Vorzugsrecht der S. Gl. mit der Behauptung, daß diese beim Contrahiren die Activen der Societät vorzüglich als ihr Unterpand (gage) betrachtet, und fährt sogleich fort, weil diese vorzüglich ihr Unterpand seien (parceque c'est là leur principal gage), so müssen sie mit Rücksicht auf das Societätsgut den P. Gl. vorgezogen werden. Er behandelt die Sache übrigens als sehr controvers und faßt die Frage vom ganz richtigen Standpunkte auf, ob nämlich die P. Gl. mit den S. Gl. bei dem Antheil der Associés an dem Gesellschaftsgute concurriren. <sup>3)</sup> Er betrachtet ganz richtig die Associés als Inhaber des Societätsgutes zu ideellen Theilen und den fragl. Vorzug als Privilegium, und

<sup>1)</sup> Droit Français. XVII. No. 334.

<sup>2)</sup> Ebendas. XVII. No. 457.

<sup>3)</sup> Ebendas. XVII. No. 457. »Une autre question également controversée est celle de savoir, si les créanciers particuliers d'un associé peuvent venir, par concurrence avec les créanciers de la société, sur sa part dans les objets de la société, effets, ou créances sur des tiers?«

begründet dasselbe dann durch die Art des Creditirens; er findet diesen Grundsatz auch schon im römischen Recht und zwar in der l. 5. §. 15. de trib. act. Zum Schluß hilft er sich wieder merkwürdiger Weise mit der moralischen Person, woraus aber für die P. Gl. consequent Nichts gefolgert werden dürfe. <sup>1)</sup> Er führt an, daß es wirklich Juristen gebe, welche consequent seien und sagen, was dem Einen recht sei, das sei dem Andern billig; verlangen die S. Gl. ein Vorrecht am Societätsgut, so sollen sie auch dulden, daß die P. Gl. der einzelnen Associés aus deren Privatvermögen vorzugsweise befriedigt werden. Duranton schließt die Controverse mit der Bemerkung, es soll der Richter, da dieser Punkt in der Gesetzgebung nicht genauer normirt sei, nach den Regeln der Billigkeit urtheilen, welche in der That eine Entscheidung im letzten Sinn zu verlangen scheinen.

Bardeffus behauptet nun freilich <sup>2)</sup>, die S. Gl. haben ein Privilegium am Societätsgut, die P. Gl. aber kein solches am Privatgut. Auch er hat durch Annahme eines Privilegiums auf die jur. Person verzichtet. Daß man aber nicht so mit einem Federzug Privilegien schaffen kann, versteht sich von selbst.

Frémery <sup>3)</sup> leitet das Privilegium aus der in den italienischen Handelsstädten entstandenen Idee, die Societät als eigenes Wesen aufzufassen, ab und findet dasselbe in einem alten Statute von Genua. Er gesteht jedoch, daß darüber in den neuen Gesetzbüchern Frankreichs Nichts aufzufinden sei.

<sup>1)</sup> Ebendas. XVII. No. 458.

<sup>2)</sup> Droit commercial. No. 1207.

<sup>3)</sup> Etudes. chap. IV. 32.

Berfil<sup>1)</sup> unterstützt den Vorzug aus der Natur der Societät als jur. Person, und glaubt eine neue Begründung desselben darin zu finden, daß er behauptet, es gehöre den P. Gl. nicht mehr von den Gesellschaftsactiven, als dem Schuldner, dem Associé, selbst, und diesem gehöre nur ein Antheil am Gewinn, d. h. dasjenige, was ihm nach Abzug der Societätsschulden von dem Societätsgut zufalle. Von diesem Gedanken ging Schauberg in seiner zweiten Abhandlung aus (ob. p. 87). Es ist damit aber nur mit andern Worten gesagt, die G. sei eine moralische Person, welche nämlich eigene Schulden habe, die sie aus ihrem eigenen Vermögen, dem Societätsgut, zahlen müsse.

De Langle<sup>2)</sup> faßt den Vorzug bald als Privilegium, bald als Ausfluß der jur. Person auf und findet schon im römischen Recht denselben ausgebildet, wobei er sich auch auf die I. 5. §. 15 beruft, so wie im betr. Statut von Genua erwähnt.

Trop Long<sup>3)</sup> stützt sich auf das Statut von Genua. Das fragl. Privilegium steht ihm als eine für immer ausgemachte Sache in der Rechtswissenschaft fest. Er sagt in Nr. 858: »C'est un point de doctrine inébranlable. Il n'y a pas de jurisconsulte français ou étranger, il n'y a pas de tribunal qui n'en reconnaisse la force et la justice.« Das Privilegium gilt ihm auch für Civilgesellschaften (Nr. 865). — Wir haben Trop Long als den kühnsten in seinen Behauptungen kennen gelernt. Es ist nach ihm unbestreitbar

1) Des sociétés commerciales. Paris 1833. p. 45. 46.

2) Sociétés commerciales. I. 16. 18. 19. 222. II. 195. 259.

3) Contrat de Société. No. 78.

(*incontestable*), daß die Römer die *G.* als eine jur. Person bezeichnet haben; dafür wird v. Savigny citirt (ob. p. 44); und daß den *S. Gl.* ein Privilegium zustehet, ist ihm ein Punkt, der unerschütterlich (*inébranlable*) feststeht und woran weder ein französischer noch auswärtiger Jurist, noch irgend ein Gerichtshof zweifeln werde.

Von sämtlichen Juristen wird der fragl. Vorzug als Privilegium aufgefaßt; es fällt auch Keinem von denjenigen, welche ihm das Wort reden, ein, dasselbe in den Gesetzen nachzuweisen. Man wird, wenn man den Kampf betrachtet, welcher geführt werden mußte, denselben im Gerichtsgebrauch geltend zu machen, und welcher jetzt noch nicht als beendigt zu betrachten ist, unwillkürlich zu der Vermuthung geleitet, es verdanke seine Entstehung nicht dem Organismus des Rechtslebens, sondern es sei eine Austerbildung, welche störend auf jenen einwirkt. Besonders S and t <sup>1)</sup> bietet in seinem Archiv für Civil- und Criminalrecht der königl. Preuß. Rheinprovinzen merkwürdige Beispiele, daß noch in der neuesten Zeit immer Versuche auftauchen, gegen die Geltendmachung dieses geseglofen Privilegiums aufzutreten. Die Gerichte kommen endlich dahin, den Vorzug nicht als Privilegium festzuhalten, sondern ihn aus dem Charakter der *G.* als jur. Person abzuleiten. — Rechtsgelehrte und Richter haben nicht die Aufgabe, von sich aus neue Rechtsätze oder irgendwo aufgefundenen im Leben geltend zu machen. Das ist nicht der Gang der Rechtsbildung. Sie sollen das Rechtsleben, wie es ist, auffassen und zum Bewußtsein bringen. Selbst der Gesetzgeber vergißt oder mißbraucht seinen Beruf, wenn er durch Diktate neue Rechtsgrund-

1) Oben p. 47. Note 1.

säße ins Leben rufen will. Privilegien sollen von Wissenschaft und Praxis nur angenommen werden, wenn die Geseze sie ausdrücklich vorschreiben, oder lange Gewohnheit dieselben sanctionirt hat, oder, ich will weit gehen, wenn zum Mindesten nachgewiesen ist, daß ohne dieselben die größte Unbilligkeit und Unsicherheit in dem Rechtszustand entstehen würde, wenn z. B. in der vorliegenden Frage nachgewiesen wäre, daß das Privilegium ein absolutes Petitum der Handelswelt wäre. Die Handelsverhältnisse sind aber in Deutschland wesentlich dieselben, wie in Frankreich, namentlich in Beziehung auf H. G., und sind schon zur Zeit der Abfassung des Code de Commerce so gewesen; — und doch kennt das deutsche Recht dieses Privilegium nicht, und doch hat der Code de Commerce keine Silbe davon, und unter den Rechtsgelehrten herrscht jetzt noch Streit darüber. — Die Juristen haben, was sie in einem alten Statute von Genua gefunden, von sich aus als jetzt noch allgemein gültigen Grundsatz aufgestellt und haben es dazu gebracht, daß die Ideen der moralischen Person und des Privilegiums durch Gerichtsgebrauch sich geltend machten, ohne Geseze und entgegen dem Geiste derselben. Eine Begründung beider Ideen ist entweder gar nicht versucht worden oder sehr hinkend ausgefallen. Verwerfen wir, gestützt auf Geseze und Leben, Beides, jur. Person sowohl als Privilegium für H. G., als nicht auf dem Wege organischer Entwicklung entstanden, sondern dem Handelsleben gewaltsam und mit Hinterlassung bedeutender Verletzungen aufgedrückt.

Für das franz. Handelsrecht geht als Resultat hervor, daß die Gesezgebung wesentlich von den gleichen Grundsätzen ausging, welche im gemeinen Rechte gelten, und daß diese allein als das wahre französische Recht zu betrachten

sind. Die abweichende Praxis ist, abgesehen von ihrer Grundlosigkeit, noch nicht allgemein und constant, und die Rechtsgelehrten behandeln die neuern Grundsätze, namentlich das Privilegium, als controvers.

Story stellt in seinen *Commentaries on the Law of Partnership* für das englische Handelsrecht als Rechtsregel auf, daß im Concurse der G. Gl. die G. Gl. mit Beziehung auf das Societätsgut vor den P. Gl. der einzelnen Gesellschafter ein Privilegium haben; daß aber auch umgekehrt den P. Gl. ein gleiches Privilegium zustehet am Privatgut der Gesellschafter, und daß erst ein allfälliger Ueberschuß den Creditoren der andern Klasse zufalle.<sup>4)</sup> — Er führt dann verschiedene Ausnahmen von dieser Regel an, bei denen alle Creditoren als gleichberechtigt erscheinen können (p. 534 fg.).

<sup>4)</sup> p. 516. No. 363. »The general rule would seem to be (as it is in bankruptcy) that the *joint creditors* have a *priority of right* to payment out of the joint estate and the *separate creditors* a *like right of priority* to payment out of the separate estate; and the surplus, if any, is divisible among the over class of creditors.« — p. 350. No. 376. »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 intitled 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. — vgl. p. 519. No. 365.

Daß es bei der aufgestellten Rechtsregel natürlich leicht der Fall sein könnte, daß die G. G. mit ihrem Privilegium schlecht daran wären, und da ihnen doch die einzelnen Gesellschafter haften, ihre eigentlichen Schuldner sind, so ist den G. G. freigestellt, ihre Befriedigung am Societätsgut oder am Privatgut der Associés zu suchen; sie können wählen. Haben sie aber einmal die Wahl getroffen, wozu ihnen eine gewisse Zeit und Gelegenheit eingeräumt wird, die Sache zu prüfen, so sind sie von der Vertheilung der andern Masse ausgeschlossen, es müßte sich anders aus dieser noch ein Ueberschuß ergeben (p. 542. No. 384). Story macht auf den Streit, welcher mit Beziehung auf die aufgestellten Grundsätze unter den Gelehrten entstand, aufmerksam. (p. 517. No. 363; p. 519. No. 365; p. 531. No. 377: „This rule, although now firmly established has occasioned much diversity of opinion among learned judges at different times. . . . and it now stands . . . upon the general ground of authority.“)

Jetzt aber seien diese Grundsätze in Wissenschaft und Praxis festgesetzt. (p. 541. No. 382: Such is the acknowledged state of the authorities . . . .) Was jedoch die Begründung dieser auf Autorität ruhenden Grundsätze betrifft, so gibt Story zu, daß es damit nicht weit her sei, daß sie nicht auf Billigkeit und Vernunft beruhen. 1) Er findet sich veranlaßt, zu sagen, daß kaum irgend eine andere Rechtsregel auf so zweifelhafter

1) p. 532. No. 377. . . . than upon the ground of any equitable reasoning, . . . rather than showing, that it has its origin and foundation in the principles natural justice, ex aequo et bono. — p. 543. No. 385. The doctrine, thus established, does not seem to stand upon any solid ground of equity or general reasoning.

und unbefriedigender Basis beruhe.<sup>1)</sup> Er macht dann noch darauf aufmerksam (p. 519 — 521), daß es versucht werde, eine Begründung im römischen Recht und zwar in der bekannten l. 5. §. 15 de trib. act. zu finden, und daß namentlich die franz. Jurisprudenz darauf ihr Privilegium der S. Gl. gründe, dennoch aber das Correlativ desselben, nämlich das Privilegium der P. Gl., nicht anerkenne, obwohl Duranton in der oben (p. 106) angeführten Stelle geneigt sei, dasselbe aufzunehmen.

Was zum Schlusse unser zürcherisches Recht betrifft, so steht so viel fest, daß in der Gesetzgebung von dem fragl. Privilegium Nichts vorkommt. Der Gerichtsgebrauch bekannte sich bis zu jenem Urtheil vom Jahr 1840<sup>2)</sup> zu den richtigen Ansichten des gemeinen Rechtes. In einem Urtheile vom 23. Febr. 1833<sup>3)</sup> hatte das Obergericht Gelegenheit, seine Grundsätze über den Conkurs einer S. Gl. auszusprechen. In den ersten, sehr kurz gefaßten Erwägungen nun stellt dasselbe Grundsätze auf, welche ganz dem gemeinen deutschen Rechte und der Natur der Sache entsprechen. Es sagt: „In Erwägung: 1) daß allerdings jeder Gesellschafter durch die Rechtshandlungen, welche er im Namen der Societät vornimmt, nicht nur sich, sondern auch die übrigen Gesellschafter solidarisch verpflichtet; 2) daß dagegen die Schulden oder anderweitige Verpflichtungen, welche ein

1) p. 541. No. 382. . . . . it is not, perhaps, too much to say, that it rests on a foundation, as questionable, and as unsatisfactory, as any rule in the whole system of our jurisprudence.

2) Schauberg, Beiträge. I. 122.

3) Monatschronik der zürch. Rechtspflege. I. 467.

Gesellschafter bloß auf seine Person übernimmt, die übrigen Gesellschafter nicht berühren; — 3) daß sonach im Falle eines Concurfes für die Privatschulden des einzelnen Gesellschafters nur sein eigenes Vermögen, liege es außer dem Gesellschaftsgut, oder bestehe es aus dem ihm an diesem zustehenden Antheil, dagegen für die Societätsschulden das Vermögen aller Gesellschafter haftet;“ — u. s. w. — Es ist also auch die klar ausgesprochene Ansicht des Obergerichtes gewesen, daß den P. Gl. der einzelnen Associés deren sämmtliches Vermögen hafte, nämlich Privatvermögen und Societätsantheil, daß beides in die Concursmasse des Gesellschafters komme, und daß der Vortheil der S. Gl. nur darin bestehe, daß sie sich an verschiedene Massen halten können, weil ihnen alle Gesellschafter mit ihrem Vermögen haften, nicht aber darin, daß sie bei Vertheilung der einzelnen Massen durch ein Privilegium die P. Gl. von dem Gesellschaftsgute ausschließen können; nur die Solidarität der einzelnen Gesellschafter bedinge den Unterschied zwischen S. und P. Gl.

Durch Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich (1840)<sup>1)</sup> sind ganz entgegengesetzte und neue Grundsätze geltend gemacht worden. Die S. Gl. wird in den Erwägungen als eine jur. Person hingestellt und daraus das fragl. Privilegium gefolgert. Das Obergericht bestätigte das Urtheil. Daß aber diese neuen Ansichten nicht stichhaltig sind, kann nicht mehr bezweifelt werden. Auf keinen Fall wäre die Inconsequenz zu loben, nur so lange an der Fiktion der jur. Person festzuhalten, bis die S. Gl. das Societätsgut vertheilt hätten, bei Vertheilung der Privatgüter aber wieder, wie Schauberg vom franz. Rechte sagt,<sup>2)</sup>

1) Schauberg, Beiträge. I. 122—129.

2) Beiträge. I. 137.

„zum gemeinen Rechte zurückzukehren, oder wie das Bezirksgericht Zürich, zu sagen, die H. G. sei nur „in gewissem Sinne“ eine jur. Person.

In einem Urtheil vom Jahr 1845<sup>1)</sup> hat das Obergericht wieder den wahren Standpunkt eingenommen, und namentlich in den Erwägungen 8—11 ausführlich ganz dieselben Grundsätze über den Conkurs von H. G. auseinandergesetzt, welche wir oben (p. 101) als gemeinrechtliche kennen gelernt haben.

Die Abhandlungen Schaubergs, durch welche er der neuen Idee Eingang in unser Rechtssystem verschaffen wollte, sind schon gewürdigt, und ich fürchte beinahe mit dem Vorwurf zugezogen zu haben, daß ich mich zu lange damit beschäftigt habe.

Es ist eine interessante Erscheinung, daß ohne gesetzliche Bestimmungen an verschiedenen Orten, namentlich in Frankreich, der Gerichtsgebrauch und die Juristen das in Frage stehende Privilegium einführen wollen oder bereits geltend gemacht haben. Ein Privilegium (*jus singulare*) erscheint nach dem Zeugniß von Savigny<sup>2)</sup> zuerst als rein positiv, und zwar meist so, daß es auf den Willen eines bestimmten Gesetzgebers zurückgeführt werden kann, in seltenern Fällen auch als Erzeugniß uralter Nationalansicht, also ohne bekannten Ursprung. Privilegien sollen in jedem Rechtssystem nur mit der größten Vorsicht angenommen werden, und gerichtliche Urtheile, ja sogar eine sog. constante Praxis, können nicht davon abhalten, jedes neue Privilegium mit mißtrauischem Blicke zu verfolgen und zu untersuchen, worauf sich seine Entstehung stütze, ob es wirklich

1) Schauberg, Beiträge. VII. 24—48.

2) System. I. 63.

aus dem wahren Boden des Rechts hervorgesprossen sei. Sollte es sich zeigen, daß ihm nur jene Urtheile zur Grundlage dienen, so müßte es angegriffen und verworfen werden, da diese Entstehungsweise nicht im Gang der Rechtsbildung liegt. Richter und Gesetzgeber schöpfen aus dem Volksrechte, Gewohnheitsrechte; der umgekehrte Weg, durch die Gerichtspraxis, namentlich durch wiederholt gleiches Verfahren, Gewohnheitsrecht zu schaffen, ist der verkehrte. Rechtsgrundsätze, welche auf diese Art entstehen, müssen als dem Organismus der Rechtsentwicklung fremde Gebilde ausgestoßen werden, und wenn auch die Gerichtspraxis, auf welche sie sich stützen, eine constante sein sollte.

Man hat doppelt Ursache, genau zu prüfen, da das Privilegium, um das es sich handelt, von so großer Wichtigkeit und so eingreifenden Folgen ist. Es kann ja z. B. leicht der Fall vorkommen, daß ein Gesellschafter sein ganzes Vermögen in die G. geworfen hat. Die P. Gl. müßten da leer ausgehen, selbst wenn ihnen für ihre Forderungen Privilegien zustehen würden. Durch das Privilegium der G. Gl. würden die P. Gl. völlig ohne Sicherheit dastehen, andere schon bestehende, allgemein anerkannte und gesetzlich vorgeschriebene Privilegien würden dadurch verletzt oder ganz nutzlos gemacht. Am allermeisten wird es mit dem Privilegium des Weibergutes in Conflict kommen, und es scheint eigentlich auf dieses abgesehen zu sein. Das Weibergut würde dadurch wirklich auf die schlüpfrigsten Füße gestellt, während doch möglichste Sicherstellung desselben ein Grundzug, namentlich unsers zürch. Rechtes ist. Wollte die Frau eines Handelsgesellschafters ihr Gut gesichert haben, so müßte sie sich nicht nur zur Gläubigerin der Societät machen lassen, denn als solche hätte sie kein Privilegium für das Weibergut mehr, sondern sie müßte dafür sorgen,

Pfandgläubigerin zu werden. Welche Maßregeln, welche Verwicklungen, um etwas zu erhalten, was wir ohne Mühe haben, wenn wir bei'm Alten bleiben! Der Societätsantheil haftet auch den Privatschulden, dann wird die Frau durch ihr Privilegium geschützt. Der Privatverkehr müßte durch das neue Privilegium bedeutend gehemmt, wenn nicht ganz unmöglich gemacht werden. Mit einem Mitglied einer G. G. könnte man ohne die augenscheinlichste Gefahr nicht mehr contrahiren und bei'm Contrahiren mit einem Privatmann oder einem einzelnen Kaufmann müßte man, um einigermaßen gesichert zu sein, als Bedingung sine qua non an die Spitze stellen, daß er in keine G. G. trete. Durch den Eintritt in eine solche, besonders wenn fast alle Activen eingeschlossen werden, würde das Verhältniß der P. Gl. einen bedeutenden Stoß erleiden. Wie leicht kann in kurzer Zeit die G. nach einigen gewagten und mißlungenen Speculationen insolvent werden und den P. Gl. bleibt das Nachsehen, sie müssen beinahe froh sein, daß die Herren S. Gl. sich damit begnügen, die Activen der Societät unter sich zu theilen, wenn sie nur nicht selbst noch denselben für Nichterhaltenes einstehen müssen. Nur diese Bestimmung würde noch fehlen, um den S. Gl. auf Kosten der P. Gl. vollständige Sicherheit zu geben. Bei Annahme des fragl. Privilegiums wären überhaupt die Rechte der P. Gl. nur noch dann geschützt, wenn keine Gefahr vorhanden, also kein Schutz nöthig ist, so lange nämlich die G. solvent bliebe; im Fall der Insolvenz der G. aber ständen sie ganz schutzlos da, entweder würden sie Alles verlieren, wenn der Schuldner Alles eingeworfen hat, oder wenigstens dessen ganze Societätseinlage. Rechtsgrundsätze, welche solche Unbilligkeiten und Ungerechtigkeiten mit sich schleppen, sind nicht geeignet, sich zur Adoption zu empfehlen. — Und was wäre am

Ende auch damit für die S. Gl. gewonnen? Sie gründen doch darauf keineswegs Ihren Credit. Es kann ja leicht sein, daß die Societätsbeinlagen nicht groß sind, das ist mehr Nebensache, wenn nur die Gesellschafter solid sind, so wird der Credit groß sein. Der Handel wird durch das fragl. Privilegium weder geführt noch verhindert. Die solidarische Haft aller Gesellschaftsmitglieder ist es, was, wie Bender (ob. p. 99) bemerkt, denselben so sichert, wie es weder durch Privilegien noch Pfandrechte geschehen könnte. Dadurch allein ist seine Sicherheit bedingt und Alles, was gegen diese Solidarität gerichtet ist, würde den Handel gefährden, wozu namentlich die Fiktion eines eigenen Rechts subjektes für die S. Gl. gehört. Der Privatverkehr würde also durch Annahme des vorliegenden Privilegiums bedeutend gefährdet, der kaufmännische Verkehr aber nur sehr wenig oder gar nicht gefährdet. — Darüber, daß Handlungsgläubigern eines einzelnen Kaufmanns ein Privilegium auf dessen Handlungsfond eingeräumt werden soll, mag ich weiter kein Wort verlieren. — Im Wesen der S. Gl. und im Leben der Handelswelt liegt keine Andeutung von einem Privilegium, welches den S. Gl. zustehen soll, noch liegt Etwas dafür vor, daß ohne dessen Annahme Unbilligkeiten und Widersprüche mit den im Leben und Verkehr herrschenden Ansichten entstehen und daß der Wunsch um Abhülfe ein allgemeiner sei. Wenn wir also auf die Gerichtsübung sehen, welche das Privilegium einführen will, und bedenken, daß diese nicht Entstehungsgrund des Rechtes sein soll und darf, sondern nur Erkennungsmittel desselben, so werden wir dieselbe, da sie sich ohne Gesetze und ohne wahres Gewohnheitsrecht ausbildete, als rechtswidrig bezeichnen und verwerfen müssen; und wenn es sich um die gesetzgeberische Frage handelt, ob man dem fragl. Privilegium gesetzliche Sanction erteilen

sollte, wird wieder eben so bestimmt mit „Nein“ geantwortet werden müssen. Die Handelsverhältnisse sind überall wesentlich dieselben; daraus ist abzuleiten, was man von der Jurisprudenz und Praxis anderer Länder zu halten hat, welche das Privilegium unterstützen. Wir haben auch aus der Art, wie dieses geschieht, aus der Begründung desselben, schließen können, daß Nichts damit sei.

Die Grundsätze, welche wir im gemeinen deutschen Rechte als geltend aufgefunden haben, und welche auch der französischen Gesetzgebung zu Grunde liegen, sind als die allein richtigen, aus dem Rechtsleben des Volkes und des Handels geschöpft, anzuerkennen. Alles Andere ist künstlich hineingebracht und wird sich nie recht damit assimiliren.

Damit ist auch für unser zürcherisches Recht Alles gesagt. Im Stadt- und Landrecht von 1715 sind die in unserm Kanton geltenden Privilegien sämmtlich angeführt; darunter befindet sich das vorliegende nicht. Zürich ist aber nicht erst seit gestern eine Handelsstadt, und der Gesetzgeber hätte alle Veranlassung gehabt, das Privilegium durch ausdrückliche Bestimmungen zu sanktioniren, wenn ihm dasselbe bekannt gewesen wäre. Seit jener Zeit haben sich die Handelsverhältnisse nicht völlig umgestaltet, so daß diese neue Gestaltung derselben das Privilegium hervorgerufen hätte. Wir haben ja noch neuere Handelsgesetzgebungen anderer Staaten, welche davon kein Wort enthalten, und die in jenem Urtheil aufgestellten Grundsätze erschienen als ganz neu und als etwas dem Leben Fremdes. Schauberg bezeugt, <sup>1)</sup> daß die in dem betreffenden Urtheile ausgesprochenen Ansichten Aufsehen erregt haben, da man hie

<sup>1)</sup> Beiträge. I. 130.

und da der Meinung gewesen sei, es werden darin nicht bloß ganz neue, sondern auch schwer zu rechtfertigende Rechtsgrundsätze ausgesprochen. Wenn man aber seine hierauf bezüglichen Abhandlungen geprüft hat, so muß man nur noch um so mehr und um so fester der Meinung sein, daß in jenem Urtheile wirklich nicht bloß ganz neue, sondern auch gar nicht zu rechtfertigende Ansichten ausgesprochen worden seien. — Abgesehen davon, daß unser Recht sich vor Annahme neuer Privilegien bis jetzt sorgfältig verwahrte, und selbst solche, die sonst fast überall anerkannt sind, und deren Einführung für uns wirklich mehr oder weniger wünschenswerth wäre, nicht anerkannte, — will ich einstweilen annehmen, Zürich sei zu klein, um von sich aus, durch seinen eignen Verkehr, sein Handelsrecht gehörig zu entwickeln und fortzubilden, unser Rechtsleben erhalte nicht die nöthige Nahrung, um durch eigne Kraft fortzuleben und sich organisch zu gestalten, es müsse ihm fremde Wärme und Nahrung künstlich beigebracht werden, wir müssen in handelsrechtlichen Dingen auf andere Rechtssysteme sehen, und wenn wir dort neue Grundsätze ausgeprägt finden, so müssen wir absehen von dem dünnen Buchstaben unseres hinter der Zeit zurückgebliebenen Gesetzes und dieselben bereitwillig in unser Recht aufnehmen: — so wird das gemeine deutsche Recht es sein, woran wir uns zu halten und wornach wir uns zu richten haben. Welch' neue Grundsätze bringt uns nun dasselbe? Nichts als den durch die Praxis geltend gemachten Grundsatz, daß die Handlungsgläubiger eines Gemeinschuldners, welcher zwei oder mehrere getrennte Handlungen geführt hat, Separation verlangen können. Wir werden uns aber wohl hüten, einen Grundsatz aufzunehmen, den die Rechtsgelehrten so sehr mißbilligen, und den man sich auswärt's vom Halse wünscht. —

Wäre es übrigens Schauberg auch gelungen, zu zeigen, daß die von ihm vertheidigten, neuen Ansichten schon im römischen Recht sich vorfinden und im gemeinen deutschen Recht auch allgemein gelten, so wäre dieß jedenfalls noch nicht Grund genug, sie in unser Recht einzuführen. Dieses ist nicht da, um alle Sätze, welche in andern Rechtssystemen aufgefunden werden, oder welche sich allfällig irgendwie rechtfertigen lassen, in sich aufzunehmen. Kellers Worte über die Sucht, die in fremden Rechten aufgefundenen Sätze in unser zürcherisches Recht einzuschmuggeln, sind zu bezeichnend, als daß ich sie übergehen könnte. Er, dem unser Recht zuerst eine wissenschaftliche Auffassung verdankt, sagt in einer kleinen Schrift: Die neuen Theorien der zürcherischen Rechtspflege (1828) p. 17: „Leuchtet es nun wohl ein, daß die Absicht, in welcher wir römisches Recht studiren, nicht dahin geht, sein Material aufzugreifen und dasselbe in dieser oder jener Form in unserm Lande geltend zu machen, sondern daß unser wesentlicher Gesichtspunkt derjenige der formellen Bildung ist.“ (p. 19) „Daß ein Einzelner den Vorwurf, er wende unbewußt römische Principien an, wo das römische Recht etwas Anderes festsetzt, verschulden könnte, wäre wohl begreiflich, geschähe es in einem oder zwei Fällen, auch verzeihlich; geschähe es oft oder gar regelmäßig, so würde es von einem Mangel an Charakter und Einsicht, von unklarer Auffassung der von ihm bekannten Grundsätze zeugen.“ (p. 27) „Käme nun Einer von einer Universität und wollte nun das römische Recht oder ein anderes fremdes Recht, das er dort kennen gelernt hätte, *nude crude* in Zürich anwenden, so würden wir ihn auslachen und weiter schicken, aber nicht weil er ein Jurist sei, sondern weil er für Zürich kein Jurist sei.“

## **THESES DEFENDENDAE.**

---

1. Societatis creditores privilegium non habent in concursu societatis.
  2. In societate, quae dicitur »Commandite«, commanditarius socius non est.
  3. Dominium plurium in solidum nullum est.
  4. Axioma »Volenti non fit injuria« in jure criminali falsum est.
  5. Exceptio veritatis contra injuriae actionem omnino momento caret.
  6. Leges poenales per analogiam extendendae non sunt.
  7. Legitimatio ad causam separata pars processus civilis non est.
-





