Univ.-Prof. Mag. Dr. Franz-Stefan Meissel*

VON DER RÖMISCHEN *SOCIETAS* ZUR HEUTIGEN GESELLSCHAFT BÜRGERLICHEN RECHTS (§ 1175 ABGB): HISTORISCH-VERGLEICHENDE ÜBERLEGUNGEN

Der Beitrag erörtert die Bandbreite der Universalerwerbsgesellschaften im klassischen römischen Recht und diskutiert dabei besonders den Begriff des quaestus bei den Universalerwerbsgesellschaften. Der Blick wendet sich dann auf das geltende österreichische Recht: Hier wird anhand einer rezenten Entscheidung des Obersten Gerichtshofes aufgezeigt, in welcher Weise die aus dem Konsensualkontrakt societas hervorgehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß § 1175 ABGB (auch nach der Reform des GesbR-Rechts 2014) bei Vermögensgemeinschaften von nichtehelichen Lebensgefährten relevant sein kann. Dabei kommt insbesondere der Unterscheidung zwischen Einbringung von Beiträgen quoad sortem und quoad usum besondere Bedeutung zu.

Schlüsselwörter: societas; quaestus; Gesellschaft bürgerlichen Rechts; nichteheliche Lebensgemeinschaft; Einbringung quoad sortem

I. EINLEITUNG

Unser viel zu früh verstorbener Kollege Marko Petrak war immer bemüht, die Aktualität des Römischen Rechts und seine Bedeutung für ein besseres Verständnis des geltenden Rechts zu betonen und den Dialog mit den Vertreter:innen des geltenden Rechts zu suchen. Ich erinnere mich noch sehr gut daran, wie wir gemeinsam schon vor Jahren über ein historisch-rechtsvergleichendes Projekt zum ABGB, seinen Bezügen zum Römischen Recht und seiner Austrahlung in Mitteleuropa gesprochen haben. Indes, die Jahre vergingen viel zu schnell und jetzt schmerzt es, statt des persönlichen Austausches nur mehr einen Beitrag zu Marko Petraks Gedächtnisschrift beisteuern zu können. In der folgenden Miniatur geht es um Beispiele, an denen sich zeigt, wie die römische *societas* in

* Univ.-Prof. Mag. Dr. Franz-Stefan Meissel, Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Wien, Schenkenstraße 8-10, 1010 Wien, Österreich; franz.stefan.meissel@univie.ac.at;
ORCID ID: orcid.org/0000-0002-9081-1573

Form der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft (GesbR) im geltenden Recht (§§ 1175ff ABGB) weiterlebt und wie dabei ganz ähnliche Probleme behandelt und gelöst werden, die auch bereits die Klassiker beschäftigt haben.[1]

Diachrone Rechtsvergleichung lässt Zusammenhänge erkennen, die ansonsten verborgen blieben, stellt aber auch vor die Herausforderung, nicht vorschnell alles gleichzusetzen. Nicht alles, was ähnlich erscheint, muss in unterschiedlichen historischen und sozialen Kontexten auch tatsächlich dieselbe Bedeutung haben. In diesem Sinne hoffe ich, einerseits dogmatische Kontinuitäten im Gesellschaftsrecht aufzuzeigen, ohne aber die eine oder andere Besonderheit des antiken römischen Rechts zu verschweigen, in die man sich als heutiger Jurist erst hineindenken muss.

Die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht basiert auf dem Modell der römischen *societas*, der römische Gesellschaftsvertrag umfasst aber eine Vielzahl von Gesellschafts-Typen, deren funktionale Entsprechungen heute ganz unterschiedlich ausgestaltet sind, teils als bloßes internes Vertragsverhältnis, teils als kaufmännische Personengesellschaften oder aber als Kapitalgesellschaften.

Hinter der *societas* als Konsensualkontrakt des klassischen römischen Rechts verbergen sich aber auch noch (um Franz Wieacker zu zitieren) „Fossilien" eines Rechtszustandes des älteren römischen Rechts.[2] So ist die altzivile Hauserbengemeinschaft, das *consortium ercto non cito*, als einer der Wurzeln der *societas* auszumachen. Damit führt unsere heutige *tour d'horizon* zurück bis in die Frühzeit des Römischen Rechts.

Im Folgenden sollen im ersten Teil die bunte Vielfalt der *societas*-Formen in Rom angesprochen werden und insbesondere anhand der Universal-Erwerbsgesellschaften einige methodische Überlegungen zur diachronen Rechtsvergleichung angestellt werden. Dabei wird sich zeigen, dass es zwei Gefahren zu meistern gilt: die Gefahr, vorschnell einheitliche Konzeptualisierungen vorzunehmen (dh insbesondere die Rückprojektion aktueller Begriffsbildungen bei der Analyse von Texten, die von anderen Ordnungsvorstellungen ausgehen); und zum anderen die Nichtbeachtung unterschiedlicher gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Verhältnisse sowie mentalitätsgeschichtlicher Determinanten.

---

[1] Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den ich am 21. Oktober 2022 bei der Festveranstaltung „50 Jahre Salzburger Juristische Gesellschaft" aus Anlass der Überreichung der Festschrift an Peter Mader gehalten habe. Der erste Teil entspricht weitgehend Meissel, F.-S., *Universalgesellschaften im Römischen Recht – Zu den historischen Wurzeln des § 1179 Abs 2 ABGB*, in: Faber, W.; Janisch, S. (ed.), *FS Peter Mader*, Lexis Nexis, Wien, 2022, 205ff.

[2] Wieacker, F., *Societas*, Böhlau, Weimar, 1936, 6; zum zeit- und wissenschaftsgeschichtlichen Hintergrund von Wieackers Thesen siehe Meissel, F.S., *„Fossile Zeugnisse einer gemeinsamen Urform" – Wieackers Beitrag zur Geschichte der societas*, in: Polaschek, M.; Ziegerhofer, A. (ed.), *Recht ohne Grenzen. Grenzen des Rechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998, 43ff.

Trotz der Eigenart der römischen Universalgesellschaften wird sich dabei auch ein kleines Schlaglicht zur rezenten österreichischen GesbR-Reform aus dem Jahr 2014 ergeben.

Den praktischen Nutzen einer breiteren dogmengeschichtlichen Perspektive wollen wir dann im zweiten thematischen Block aufzeigen. Dabei werden wir eine aktuelle Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofes (OGH) unter die Lupe nehmen und im Zusammenhang mit einer GesbR unter Lebensgefährten der Bedeutung der Unterscheidung von *quoad sortem* und *quoad usum* eingebrachten Sachen nachgehen.

II. VON DER WELT DER RÖMISCHEN *SOCIETATES*

Begeben wir uns also zunächst zurück in die Antike. Für das römische Vertragsrecht sind bekanntlich zwei Eigenarten charakteristisch: Einerseits die Typizität der benannten anerkannten Verträge, weshalb atypische Vereinbarungen nur allmählich in den Grenzen der Innominatkontrakte Durchsetzbarkeit erlangen können sowie andererseits – den Typenzwang mildernd und die Elastizität fördernd – die weitgehende Disposivität und Flexibilität der Regeln, insbes im Rahmen der *bonae fidei iudicia*.

Besonders produktiv zeigen sich diese Wirkkräfte beim römischen Gesellschaftsrecht. Dabei manifestiert sich die römische Tendenz, Institute aus konkreten Anwendungsformen heraus zu entwickeln. So entsteht etwa die altrömische Hauserbengemeinschaft des *consortium*, die *societas ercto non cito*, von der uns Gaius Inst 3, 154a berichtet, mit dem Tod des Hausvaters und führt zu einer *legitima et naturalis societas*, für die das gemeinsame Weiterbewirtschaften des vom Verstorbenen Ererbten charakteristisch war.

Auf individuelle Beiträge der Hauserben kommt es bei dieser wohl ältesten Form einer Gesellschaft für die Beteiligungsverhältnisse nicht an, letztere ergeben sich einfach aus der Erbenstellung. Dabei bleibt es auch, solange diese Gemeinschaft ungeteilt ist, wobei aber jeder einzelne *socius* Teilung mittels *actio familiae erciscundae* begehren kann. Eigentümlich ist auch die gesamthandartige Vermögensordnung des *consortium*, die mit einer Einzelvertretungsbefugnis eines einzelnen *socius* kombiniert ist, was in frappanter Weise an die modernen Personenhandelsgesellschaften (OG, OHG) denken lässt.

Die spätere *societas* des klassischen Rechts ist dagegen ein Beispiel für die geniale Ökonomie des römischen Vertragsrechts: Dieses ist durch eine begrenzte Zahl von Instituten gekennzeichnet, die mit größtmöglicher Flexibilität ganz unterschiedliche soziale und ökonomische Bedürfnisse befriedigen. Als

formfrei geschlossener Konsensualvertrag bietet die *societas* eine große Bandbreite an Einsatzmöglichkeiten. Die *societas* kann sich je nach Vereinbarung der Parteien ganz unterschiedlichen Gegenständen widmen. Dazu gehören nach Ulpian (31 *ad edictum*) D. 17.2.5 pr etwa der Zusammenschluss zwecks Gewinnerzielung durch den Betrieb eines Unternehmens (*societas negotiationis alicuius*), die Bewirtschaftung einer Steuerpacht (*societas vectigalis*) – also die sogenannten Publikanengesellschaften – oder aber (gleichsam am entgegengesetzten Ende des Spektrums) die universelle Vermögensgemeinschaft der *societas omnium bonorum* oder aber die bloße gemeinsame Abwicklung eines einzelnen Geschäftes (*societas unius rei*).[3]

Für die römischen Juristen war es also kein Problem, so unterschiedliche wirtschaftliche Aktivitäten wie die Finanzierung kapitalintensiver Staatsaufträge (über die Publikanengesellschaften), das Betreiben kleinerer oder größerer Unternehmen (in Form von *societates negotiationis*), die Abwicklung eines einzelnen profitorientierten Geschäftes (*societas unius rei*) oder aber das gemeinsame Verwalten und Bewirtschaften des gesamten Vermögens der Partner alle unter denselben Vertragstyp *societas* zusammenzufassen. Dass manche dieser Gesellschaften auch als Außengesellschaften in Erscheinung traten und dass insgesamt für unterschiedliche Gesellschaftstypen zT abweichende Regeln galten, änderte nichts an der Zuordnung zur *societas* als Vertragsverhältnis zwischen den Gesellschaftern.[4]

Auch in der Zeit des klassischen Rechts, als das Hauserben-*consortium* schon obsolet geworden war (nicht von ungefähr spricht Gaius von ihr als Institution einer vergangenen *olim*-Zeit), finden wir Belege dafür, dass im Familienkreis (unter Geschwistern, aber auch unter Ehepartnern) im Rahmen einer *societas omnium bonorum* gemeinsam gewirtschaftet wird.[5]

Charakteristisch für solche *specialiter* als *societates omnium bonorum* eingegangenen Universalgesellschaften ist dabei, dass hier jeglicher Erwerb (inklusive solchen aus Erbschaften und Schenkungen) vergemeinschaftet wird: Es besteht hier eine Schicksalgemeinschaft, wohingegen der Beitrag des Ein-

---

[3] Zur Elastizität des *Societas*-Rechts und zur Bandbreite der Erscheinungsformen ausführlich Meissel, F.-S., *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004, bes 61ff. Überblick bei Meissel, F.-S., *Klage aus Gesellschaftsvertrag (actio pro socio)*, in: Babusiaux, U.; Baldus, C.; Ernst, W.; Meissel, F.-S.; Platschek, J.; Rüfner, Th, (ed.), *Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. 2*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, 2315ff, bes. Rz 12ff.

[4] Zu den wichtigsten Sonderregeln für bestimmte Arten der *societates* vgl Meissel, F.-S., *Plura negotia quam vocabula*, in Meissel, F.-S.; Kalss, S. (ed.), *Zur Geschichte des Gesellschaftsrechts in Europa*, Manz, Wien, 2003, 13ff.

[5] Faber, I.; Meissel, F.-S., *Partners in Business – Einst und jetzt*, in: Fischer-Czermak, C.; Tschugguel, A. (ed.), *Beiträge zum Familien- und Erbrecht. Liber amicorum für Edwin Gitschthaler*, Manz, Wien, 2020, 33ff.

zelnen und dessen Honorierung in den Hintergrund tritt. Bestimmend ist das Motiv des solidarischen Füreinanderdaseins und des gemeinschaftlichen Partizipierens am Familienvermögen.

Es wäre aber verfehlt, die Universalgesellschaften auf diesen Fall (und die Vorstellung einer bloßen Verwaltung des gemeinsamen Vermögens) zu reduzieren. So finden wir schon in der Jurisprudenz der späten Republik Hinweise auf die Vereinbarung von *societates quaestus*, bei denen die Gesellschafter nur jeglichen von ihnen erzielten Erwerb vergemeinschaften. Und diese Universalerwerbsgesellschaften wollen wir im Folgenden ein wenig genauer unter die Lupe nehmen.

Gewissermaßen als Gegenstück zur *specialiter* eingegangenen *societas omnium bonorum* erscheint dabei in den Digesten eine *simpliciter* eingegangene Gesellschaft gem Ulpian (30 *ad Sabinum*) D. 17.2.7. Im Zweifel wird hier eine *societas quae ex quaestu veniunt* bejaht und klargestellt, dass mit *quaestus* auf Gewinnerzielung (*lucrum*) ausgerichtete Aktivitäten wie beispielsweise der Abschluss von Kaufverträgen (*emptio venditio*) oder aber Miet-, Pacht-, Werk- oder Dienstverträgen (*locatio conductio*) gemeint sind.

Ulpians Formulierung wirft aber die Frage auf, was denn unter einer *simpliciter* geschlossenen Gesellschaft zu verstehen ist. Äußerst unwahrscheinlich erscheint, dass bei jeglicher Vereinbarung einer Gesellschaft im Zweifel eine *societas universorum quae ex quaestu veniunt* anzunehmen wäre. Daher ist auch die rezente These des italienischen Romanisten Salvatore Sciortino, dass die hier von Ulpian angesprochene Universalerwerbsgesellschaft (dh eine *societas universorum quae ex quaestu veniunt*) in der späten römischen Republik so verbreitet gewesen sei, dass man sie im Zweifel angenommen habe, wenig überzeugend.[6] Ein genauerer Blick in die Quellen macht deutlich, was als historischer Hintergrund der ulpianischen Entscheidung zu vermuten ist.

In den Digesten gibt es mehrere Belege für Erwerbsgesellschaften, bei denen *quaestus* vergemeinschaftet werden soll. So ist bei Paulus D. 17.2.13 von einem Gesellschaftsvertrag die Rede, in dem vereinbart wird, dass die Vertragspartner *et quaestus et lucri socii sint*: Paulus entscheidet, dass die Einbeziehung von *quaestus* und *lucrum* nichts daran ändert, dass nicht jeglicher Gewinn vergemeinschaftet wird, sondern nur solcher, der auf *quaestus* beruht. So wie Ulpian D. 17.2.7 *quaestus* und *lucrum* aus entgeltlichen (lukrativen) Verträgen gleichsetzt, ist auch für Paulus „*quaestus et lucrum*" eine Art Hendiadyoin: die Hinzufügung von *lucrum* führt nicht zu einer Erweiterung der bereits durch den Ausdruck *quaestus* erfassten Einnahmequellen.

[6] Meissel, F.-S., Rezension zu Sciortino, S., *Ricerche in tema di società questuarie*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abtheilung, *vol.* 138, no. 1, 2021, 139f.

Welche Einnahmen hier ausgeschlossen bleiben, wird in den folgenden zwei Belegen deutlicher, in denen ebenfalls von einer *societas quaestus* die Rede ist. Hier begegnen die Varianten *societas lucri quaestus compendii* (D. 17.2.71.1) und *quaestus et compendii societas* (D. 29.2.45.2). In beiden Fällen wird entschieden, dass bei einer solchen Vereinbarung ein letztwilliger Erwerb (aus Legat oder Erbschaft) nicht zu vergemeinschaften ist:

D. 17.2.71.1, bei dem es sich nach meiner Vermutung um den historischen Ausgangsfall dieser Diskussionen handeln dürfte[7], macht auch den sozialen Kontext der spezifischen Vereinbarung klar: Es sind zwei *colliberti* (also ehemalige Sklaven eines gemeinsamen Herren), die nach der Freilassung gemeinsam wirtschaften – und dann in der Folge vom Patron letztwillig bedacht werden. Die Nichteinbeziehung von Erbschaft und Legat in diesem Fall könnte mit der dem Freilasser gegenüber geschuldeten Loyalität der ehemaligen Gewaltunterworfenen und dem Respekt gegenüber den von ihm letztwillig verfügten Anordnungen zusammenhängen.

Wenden wir uns nun aber der Frage zu, welchen Fall Ulpian vor Augen haben dürfte, wenn er von der *simpliciter* geschlossenen Gesellschaft schreibt, bei der eine *societas omnium quae ex quaestu veniunt* anzunehmen sei. Eine so umfassende Wirtschaftsgemeinschaft macht nur zwischen einander sehr nahestehenden Personen (wie den beiden Mitfreigelassenen) Sinn; dafür, dass es sich um die empirisch tatsächlich dominierende Form der Gesellschaft gehandelt habe, fehlt es hingegen an Anhaltspunkten.

Die Vermutung, dass die *simpliciter* geschlossene Gesellschaft im Kontext einer *societas quaestus* zu sehen ist, wird auch dadurch plausibel, wenn wir die Digestenkatene D. 17.2.8-11 betrachten. In dieser finden sich von den Kompilatoren zusammengefügte Ausschnitte der Sabinuskommentare des Paulus (6 *ad Sabinum*) und des Ulpian (30 *ad Sabinum*), in denen es um die Abgrenzung unterschiedlicher Einnahmenquellen im Zusammenhang mit einer *societas quaestus* geht. Ausgangspunkt ist eine vermutlich auf Sabinus zurückgehende Definition von *quaestus* als Einkunft *qui ex opera cuius descendit*. Darauf folgt der Bericht, dass Masurius Sabinus Erbschaft, Legat und Schenkungen (wenn wir einen ähnlichen Ursprungskontext unterstellen, was naheliegt) nicht unter *quaestus* subsumiert hat.

Kurioserweise haben solche Fragen der Definition des *quaestus* bzw Erwerbs auch noch bei der österreichischen Reform des GesbR-Rechts im Jahr

[7] Meissel, F.-S., *Societas* (fn. 3) 116 f; *id.*, *Julian und die Entdeckung des dinglichen Vertrages*, in: Falk U.; Luminati, M.; Schmoeckel, M. (ed.), *Fälle aus der Rechtsgeschichte*, C.H. Beck, München, 2008, 63 Fn 3.

2014[8] den Gesetzgeber beschäftigt. Dies bringt uns zur aktuellen Fassung des § 1179 Abs 2 ABGB. Diesem zufolge sind bei einer Gesellschaft, bei der nicht nur das gegenwärtige, sondern auch das künftige Vermögen eingebracht werden soll, darunter im Zweifel „nicht das geerbte oder das geschenkte zu verstehen".

Nach dem oben Ausgeführten sehen wir hier das Fortleben der Lehre des Sabinus zum Begriff des *quaestus*, von der uns Ulpian D. 17.2.9 berichtet hat (*nec adiecit Sabinus hereditatem vel legatum vel donationes mortis causa sive non mortis causa*), nämlich, dass in einem solchen Fall der zu vergemeinschaftende „Erwerb" nicht Zuwendungen aus Erbschaft, Legat oder Schenkungen umfasst.

Der Konnex zum Begriff des „Erwerbs" wird allerdings in der aktuellen Fassung nicht mehr so deutlich wie in der Stammfassung des ABGB, wo es in § 1177 hieß, dass eine Gesellschaft hinsichtlich des zukünftigen Vermögens als eine solche auf das „erworbene, nicht das ererbte" Vermögen zu verstehen sei (ausser es wäre beides ausdrücklich bedungen worden).[9] Dafür ist in der Neufassung der Ausschluss auch des geschenkten (und nicht nur des geerbten) zukünftigen Erwerbs gleichsam noch näher am „Original" des alten *ius civile* des frühklassischen Juristen Masurius Sabinus.

Wenn wir nochmals einen Blick auf die Katene werfen, so zeigt sich in dieser ein scheinbar logischer Sprung: Während der Ausschluss unentgeltlichen Erwerbs zu Lebzeiten oder von Todes wegen auch zu den anderen bereits behandelten Entscheidungen zu den *societates quaestus* passt, wirft der letzte Teil von D. 17.2.9 Fragen auf: Nachdem der letztwillige und sonstige unentgeltliche Erwerb ausgeschlossen wurde, folgt nun eine Begründung, die auf die entgegengesetzte Entscheidung zu passen scheint: Es wird nun nämlich ausgeführt, dass solche Erwerbungen *non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt*, dass sie also auf dem Verdienst desjenigen beruhen, der sie unentgeltlich erhält.

Ferdinando Bona[10] hat vermutet, dass diese Begründung darauf abziele, dass remuneratorische Schenkungen (anders als sonstige unentgeltliche Zuwendungen) sehr wohl bei einer *societas quaestus* vergemeinschaftet wurden, sodass eine Zuwendung, die zur Belohnung für vorangegangene Leistungen des Empfängers dient, einem auf *opera* beruhenden Erwerb gleichzusetzen war. Dann

[8] (Österreichisches) Bundesgesetzblatt I 2014/83.

[9] Dass Abweichendes ausdrücklich bedungen werden muss, fehlt in der Neufassung. Da es sich bei § 1179 ABGB nur um Auslegungsregeln (so Artmann, E., in: Fenyves A.; Kerschner, F.; Vonkilch A. (ed.), *Klang-Kommentar zum ABGB*, 3. Aufl., Verlag Österreich, Wien, 2017, § 1179 ABGB Rz 7) handelt, ist aber an der Dispositivität nicht zu zweifeln, eine abweichende Vereinbarung könnte nun aber auch konkludent erfolgen.

[10] Bona, F., *Contributi alla storia della "societas universorum quae ex quaestu veniunt" in diritto romano*, in: *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, I, Giappichelli, Torino, 1968, 412ff.

müsste im Ulpiantext etwas ausgefallen sein, und wir hätten es womöglich mit einem gekürzten Kontroversenbericht zu tun.

Vielleicht ist aber die Annahme einer solchen Unstimmigkeit der überlieferten Textfassung gar nicht zwingend: Im antiken Kontext der auf Freundschaft und Klientel aufgebauten Sozialbeziehungen könnte der höchst individuelle Charakter bestimmter unentgeltlicher Zuwendungen (wie oben im Fall der *colliberti*) die Erklärung dafür sein, dass auch Leistungen mit persönlichem Belohnungscharakter nicht im Rahmen der *societas quaestus* vergemeinschaftet wurden.

Dementsprechend müssen wir uns vielleicht von unserem modernen Vorverständnis lösen, dass ein auf *meritum* beruhender und ein durch *opera* erlangter Erwerb gleichzuhalten seien. Nicht ganz auszuschließen ist es, dass die römischen Juristen anders dachten, als es für uns naheliegt. Vielleicht sahen sie die vom Erblasser oder Schenker intendierte Privilegierung eines der *socii* im sozialen und rechtlichen Kontext der spezifischen Beziehung zwischen Patron (Zuwendender) und Freigelassenem (Zuwendungsempfänger). Zwar kann ein Dritter den Gesellschaftern nicht vorgeben, wie sie ihr Innenverhältnis gestalten, wohl aber können loyale Freigelassene, wie sie uns in D. 17.2.71.1 begegnet sind, den Willen ihres ehemaligen *dominus* respektieren, der den Einen zum Erben, den Anderen aber zum Vermächtnisnehmer machen wollte. *Thinking along these lines* käme man zum Ergebnis, dass auch die besprochene Katene D. 17.2.8-11 mehr Sinn macht als aus unserer heutigen juristischen Intuition zu vermuten wäre: Dann könnte es sein, dass auch ein meritokratischer Erwerb bei der *societas quaestus* nach Meinung von Sabinus und Quintus Mucius dann nicht erfasst ist, wenn es der von den *socii* geschuldete Respekt auch in ihrem Innenverhältnis so geboten erschienen ließ, auch wenn wir hier notgedrungenermaßen im Bereich der Hypothesen verbleiben müssen.

III. ZUR HEUTIGEN GESELLSCHAFT BÜRGERLICHEN RECHTS IM ÖSTERREICHISCHEN RECHT

1. Am Bsp einer GesbR unter Lebensgefährten

Selbst wenn die Universalerwerbsgesellschaften auch noch im ABGB Erwähnung finden, dürfte ihre praktische Relevanz heute doch eher bescheiden sein. Lassen Sie uns nun aber davon gar nicht so weit entfernte Formen der GesbR betrachten, denen durchaus größere empirische Bedeutung zukommt und uns der Möglichkeit einer GesbR unter Lebensgefährten zuwenden.

Dass dies eine potentiell bedeutsame Fallkonstellation ist, ergibt sich allein schon aus der großen Zahl von Lebensgemeinschaften. Diese stellen heute einen fixen Bestandteil des Familienlebens in Österreich dar: Während die Zahl der Ehepaare von 1985 – 2020 mit rund 1,7 Mio Paaren in etwa gleich blieb, versechsfachte sich die Zahl der statistisch erfassten Lebensgemeinschaften von 73.000 auf 420.000.[11] Noch signifikanter ist es aber, dass die Zahl der Ehepaare mit Kindern im Haushalt gesunken ist[12], während die Zahl der Lebensgemeinschaften mit Kindern im Haushalt von 27.000 (1985) auf 185.000 (2020) gestiegen ist. Damit ist die Zahl der Eltern-Kind-Familien, die nicht verheiratet zusammenleben, in etwa gleich hoch wie jene, die verheiratet oder verpartnert sind.

Größtes praktisches Problem ist nach wie vor, dass gerade das Vermeiden weitgehender rechtlicher Bindungen für viele Paare ein wichtiges Motiv darstellt, sich nicht zu verheiraten. Dabei wird aber zu wenig bedacht, dass auch bei einer als jederzeit lösbar angelegten Beziehung angesichts des gemeinsamen Wirtschaftens und Wohnens eine enge vermögensmäßige Verflechtung und eine von wechselseitigen Rücksichtnahmen geprägte Gestaltung des Zusammenlebens besteht. Im Fall einer Trennung stellen sich regelmäßig schwierige vermögensrechtliche Fragen.[13] Viele dieser Aspekte sollten idealerweise vorweg konsensual geregelt sein, in der Praxis sind entsprechende Partnerschaftsverträge aber nach wie vor die seltene Ausnahme.

Dennoch ist keineswegs davon auszugehen, dass die Lebensgefährten einander stets nur unentgeltlich unterstützen und keinerlei Ansprüche bei Beendigung bestehen: Als Anspruchgrundlage kommt hier zumeist das Bereicherungsrecht, insbes die *condictio causa data causa non secuta* (§ 1435 ABGB) zum Einsatz.[14]

Neben den Kondiktionen ist aber auch das Vorliegen einer (konkludent) zustande gekommenen GesbR eine mögliche Anspruchsgrundlage.

Auch die stark an der unternehmerischen GesbR ausgerichtete GesbR-Reform 2014 hat daran grundsätzlich nichts geändert. So ist – trotz Neuregelung

---

[11] Diese und die folgenden Zahlenangaben beruhen auf Daten der Statistik Austria: https://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/haushalte_familien_lebensformen/familien/index.html (26. März 2023).

[12] Von 1,104 Mio (1985) sank diese Zahl um 16,4% auf 923.000.

[13] Zur Frage, inwiefern sich zB aus der gemeinsamen Lebensgestaltung unter Umständen auch Unterhaltspflichten zugunsten des Ex-Lebensgefährten ergeben können, vgl Meissel, F.-S., *Unterhaltsansprüche aus Lebensgemeinschaft?*, Zeitschrift für Familien- und Erbrecht, no. 1, 2008, 17; mit etwas anderem Ansatz Beclin, B., *Sind nicht verheiratete Eltern einander zu Unterhalt verpflichtet?* EF-Z, no. 3, 2007, 10.

[14] Dazu siehe etwa Meissel, F.-S.; Jungwirth, J., *Bereicherungsansprüche zwischen Lebensgefährten*, in: Gitschthaler E.; Höllwerth J. (ed.), *Ehe- und Partnerschaftsrecht*, 2. Aufl., Verlag Österreich, Wien, 2022, 1417ff.

des § 826 Satz 2 ABGB – weiterhin keine ausdrückliche Vereinbarung einer GesbR zwischen Lebensgefährten erforderlich, sofern es nicht bloß um reine Vermögensverwaltung geht. Klargestellt ist auch, dass die früher von der Judikatur geforderte „Gemeinschaftsorganisation" kein zwingendes Merkmal einer GesbR darstellt. Zentral ist dagegen das Vorliegen einer gemeinsamen Zweckverfolgung, welche idR dann zu bejahen sein wird, wenn über das bloße Führen einer gemeinsamen Beziehung hinaus ein wirtschaftliches Projekt verfolgt wird, an dem beide beteiligt sein sollen. Dass auch zwischen Lebensgefährten weiterhin gemeinsame Zwecke durch Bildung einer GesbR verfolgt werden können, wurde in den Materialien zur GesbR-Reform sogar eigens erwähnt und davon ausgegangen, dass sich diesbezüglich nichts geändert habe.[15]

Allerdings birgt die so starke Ausrichtung der reformierten GesbR auf die unternehmenstragende GesbR ein wenig die Gefahr, dass der zivilrechtliche Kern des GesbR-Rechts, die unter Umständen rein interne Vereinbarung der Gesellschafter und deren Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen der Privatautonomie in den Hintergrund tritt. So sind viele der Regeln des GesbR-Rechts (zB Auflösungsregeln) nun auf Aussengesellschaften zugeschnitten; für reine Innengesellschaften sind solche Regeln als dispositiv zu deuten und damit im Einzelfall ausdrückliche oder konkludente Änderung durch die Parteien anzunehmen. Im Ergebnis mag das zwar unschädlich sein, es kehrt aber in gewisser Weise das Regel-Ausnahmeverhältnis um: Anwendungsbeispiele aus dem zivilrechtlichen Kernbereich der reinen Innengesellschaft lassen sich gerade nicht aufgrund des Gesetzes, sondern bloß kraft dispositiver Abänderung bewältigen. Umso wichtiger ist hier der Beitrag der Judikatur und der Lehre, im Einzelfall nach sachgerechten Lösungen zu suchen.

Daher möchte ich im Folgenden anhand von 8 Ob 49/19t auf die Problematik der Lebensgemeinschaft als GesbR eingehen.[16] Der österreichische Oberste GGerichtshof (OGH) hatte hier *in concreto* das Vorliegen einer GesbR zur gemeinschaftlichen Fertigstellung eines Hausbaus zu beurteilen.

Der Sachverhalt war nicht untypisch für viele Fälle einer Lebensgemeinschaft: eine langjährige Beziehung mit gemeinsamen Kindern und ein ge-

---

[15] Erläuterungen zur Regierungsvorlage 270 Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates 25. Gesetzgebungsperiode 7.

[16] Zu dieser Entscheidung vgl bereits Kary, C. *Lebensgefährten: Wem gehört nach der Trennung das Haus?*, Die Presse, *vol.* 36, no. 6, 2019; Wimmer, A., *Der lebensgemeinschaftliche Hausbau und seine Probleme*, EF-Z, no. 6, 2019, 270; Neugebauer-Herl, N., *GesbR als Rechtstitel zur Nutzung nach Auflösung einer Lebensgemeinschaft*, immolex, no. 3, 2020, 91; Artmann, E., *Bloße Lebensgemeinschaft oder GesbR?*, Österreichische Juristenzeitung, no. 5, 2020, 232 sowie ausführlicher bereits Meissel, F.-S., *Einbringung quoad sortem und quoad usum bei der GesbR unter Lebensgefährten*, in: Dehn, W. *et al.* (ed.), *Festschrift für Peter Bydlinski*, Sramek, Wien, 2022, 699 ff.

meinsamer Hausbau, in den ein Großteil der Ersparnisse aus dem laufenden Erwerbseinkommen geflossen sind. *In concreto* bestand eine zwanzig Jahre andauernde Lebensgemeinschaft, welche im Juni 2017 beendet wurde. Die Ex-Lebensgefährtin begehrte daraufhin vom Beklagten die (sofortige) Räumung der bis dahin gemeinsam genutzten, grundbücherlich in ihrem Alleineigentum stehenden Liegenschaft wegen titelloser Benutzung.

Die Liegenschaft war ursprünglich (1993, noch vor dem Eingehen der Lebensgemeinschaft mit dem Beklagten) vom Vater der Klägerin je zur Hälfte an sie und ihren damaligen Verlobten geschenkt worden, aber die Beziehung mit diesem Verlobten scheiterte. 1997 kam es dann zur Lebensgemeinschaft mit dem Beklagten. Um das bereits begonnene Haus fertigzustellen und dem Ex-Verlobten die Liegenschaftshälfte abzukaufen wurde von der Klägerin ein Kredit aufgenommen, der nur durch die gemeinsame Anstrengung der Frau und ihres neuen Partners bedient werden konnte. Nach der Geburt von zwei Kindern kümmerte sich die Klägerin vor allem um Haushalt und Kinder, sodas sie nur in geringem Ausmaß berufstätig war, wohingegen der weitaus größere Teil des Erwerbseinkommens (ca fünf mal soviel) vom Beklagten herrührte. Der Beklagte gab an, dass seine Lebensgefährtin gewusst habe, dass er erwartete, Miteigentümer der Liegenschaft und des Hauses zu werden, im Grundbuch wurde eine Eintragung des Miteigentums aber nie vollzogen.

Das Erstgericht[17] verneinte „mangels bindender Organisationsabsprachen" das Vorliegen einer GesbR und gab dem Räumungsbegehren der Klägerin statt. Das Berufungsgericht[18] schloss dagegen das Eingehen einer GesbR zwischen den Lebensgefährten nicht aus, meinte aber, dass dies nicht geprüft werden müsse, da auch dann nach Auflösung der GesbR kein Titel zur Benutzung mehr vorliege, da die Liegenschaft nur *quoad usum* eingebracht worden sei. Der Achte Senat des OGH hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zurück an das Berufungsgericht: Aus dem Fehlen einer grundbücherlichen Eintragung folge nicht zwingend, dass die Liegenschaft nur *quoad usum* eingebracht wurde, vielmehr wäre eine Einbringung *quoad sortem* denkbar. Während bei einer Einbringung *quoad usum* nach Beendigung der GesbR idR sofort die Herausgabe und Räumung gefordert werden könne, sei bei einer Einbringung *quoad sortem* bis zum Abschluss der Liquidation ein schuldrechtlicher Titel zur Weiternutzung anzunehmen.[19]

Die Annahme einer GesbR durch den OGH in 8 Ob 49/19t erscheint durchaus einleuchtend: Dass der (nicht grundbücherlich eingetragene) Lebensge-

[17] Bezirksgericht Hall vom 27.7.2018, GZ 3 C 630/17b-35.
[18] Landesgericht Innsbruck vom 11.1.2019, GZ 3 R 203/18a-43.
[19] OGH vom 24.7.2019, 8 Ob 49/19t.

fährte jahrzehntelang mit seinem Erwerbseinkommen zur Finanzierung nicht nur des Zusammenlebens mit seiner Partnerin und den gemeinsamen Kindern, sondern insbesondere auch der Fertigstellung und Ausgestaltung des gemeinsam genutzten Wohnhauses beigetragen hat, tat er im Vertrauen darauf, dass das Haus als ein gemeinsames wirtschaftliches Projekt anzusehen ist, zu dem beide Lebensgefährten Beiträge leisten und an dem beide vermögensmäßig beteiligt sind. Dass die Partnerin seinem Wunsch nach grundbücherlicher Eintragung nicht nachgekommen ist, ändert daran nichts, sofern sie ihn im Glauben gelassen hat, es werde sein Beitrag zur Gesellschaft zumindest im Innenverhältnis entsprechend berücksichtigt.

Auch nach der österreichischen GesbR-Reform 2014 (BGBl I 2014/83) ist davon auszugehen, dass eine Lebensgemeinschaft zwar nicht *eo ipso* als GesbR[20] zu sehen sei, wohl aber dann, wenn die Parteien einen „über den typischen Rahmen einer Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck durch Einsatz von Arbeitskraft und Kapital im gemeinschaftlichen Zusammenwirken verfolgen".[21] Ob die Lebensgefährten, die gemeinsam ein Projekt wie zB einen von beiden gemeinsam finanzierten Hausbau betreiben, sich dabei bewusst sind, einen Vertrag *hinsichtlich einer GesbR* zu bilden, ist dabei im Lichte der herrschenden „gemäßigten Rechtsfolgentheorie" nicht entscheidend. Wesentlich ist nur, ob ein rechtlicher Bindungswille vorliegt, für das Verfolgen des gemeinsamen wirtschaftlichen Zweckes Beiträge zu leisten und sich gemeinsam an dem Projekt beteiligen zu wollen.

Auch ist für die Vereinbarung einer GesbR nicht zwingend erforderlich, dass die Höhe der Beiträge geregelt ist: Essentieller Vertragsinhalt ist nach § 1175 Abs 1 S 1 ABGB bloß die Einigung über den Gesellschaftszweck.[22] Haben

[20] Rechtsvergleichend ist daran zu erinnern, dass in der Vergangenheit in Deutschland vereinzelt dafür plädiert wurde, die nichteheliche Lebensgemeinschaft schlechthin als GesbR zu deuten (zB Battes, R., *Nichteheliches Leben im Zivilrecht*, RWS Vlg Kommunikationsforum, 1983, 27) und der BGH eine Zeitlang judizierte (BGHZ 84, 388 [390]; WM 1997, 2259 [2260]), dass auf Lebensgemeinschaften das Recht der GesbR auch ohne Vereinbarung in Analogie anzuwenden sei; mittlerweile wird aber sehr wohl (vgl etwa BGH 28. 9. 2005 XII ZR 189/02 = NJW 2006, 1268) eine zumindest schlüssig vereinbarte GesbR verlangt.

[21] Erläuterungen zur Regierungsvorlage 270 Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates 25. Gesetzgebungsperiode Seite 7.

[22] Torggler, U., *Grenzverschiebungen im Gesellschaftsrecht: Zum Anwendungsbereich der "GesbR neu"*, Wirtschaftsrechtliche Blätter, no. 12, 2016, 744; *id.*, Gesellschaftsrecht Rz 121 ff. Keine GesbR liegt nach Jabornegg, P.; Resch, R.; Slezak, M., in Schwimann, M.; Kodek, G. (ed.), *ABGB-Praxiskommentar*, LexisNexis, Wien, 2014, § 1175 Rz 10, aber dann vor, wenn vereinbart ist, dass ein Gesellschafter gar nichts beizutragen hat (dann liegt aber idR auch keine gemeinsame Zweckverfolgung vor); vgl auch Warto, P., *§ 1175 ABGB. Begriff und Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, in: Kletečka, A.; Schauer, M. (ed.), *ABGB-ON*[1.03], Manz, Wien, 2014, § 1175 Rz 13; Rauter, R., in: Rummel P.; Lukas, M. (ed.), *ABGB – Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. Mit wichtigen Nebengesetzen und EU-Verordnungen*, Manz, Wien, 2014, § 1175 Rz 26.

die Parteien über die Höhe der Beteiligung nichts vereinbart, so bemisst sich ihr Anteil am Gesellschaftsvermögen nach dem Wert der Einlagen, im Zweifel sind die Gesellschafter zu gleichen Teilen beteiligt (§ 1182 S 2 ABGB).[23]

Wird die Lebensgemeinschaft durch einen der Partner beendet, so stellt sich die Frage, wie sich dies auf den Bestand einer GesbR zwischen den Lebensgefährten auswirkt. Naheliegend ist es, dass im Regelfall mit der Beendigung der Beziehung auch eine Kündigung der GesbR einhergeht, wie auch in der Judikatur durchgängig angenommen wird. Dies führt dann zur Frage der weiteren Nutzung eines bis dahin gemeinsam genutzten Wohnobjekts. Steht dieses im Alleineigentum des einen Lebensgefährten, kann dieser bei titelloser Benutzung mit Räumungsklage (§ 366 ABGB) vorgehen. Keine titellose Benutzung liegt aber vor, wenn sich ein Recht zur weiteren Nutzung aus dinglichen Rechten (zB Miteigentum) oder aus obligatorischen Nutzungsrechten (zB Mietvertrag) ergibt.

Inwiefern sich aus einer beendeten, aber noch nicht abgewickelten GesbR im Liquidationsstadium ein Recht zur (zumindest temporären) Weiterbenutzung eines im Rahmen der GesbR bislang genutzten Wohnobjekts ergeben kann, wurde in der Rsp nicht immer einheitlich gelöst[24], überwiegend wurde aber zuletzt angenommen, dass mit der Beendigung der Lebensgemeinschaft auch das Nutzungsrecht für *quoad usum* in die GesbR eingebrachte Sachen (sofort) wegfällt.[25]

2. Zur Einbringung *quoad sortem* und *quoad usum*

In 8 Ob 49/19t ging der Oberste Gerichtshof dagegen davon aus, dass eine titellose Benutzung ab Ende der Lebensgemeinschaft nicht vorliegt, wenn eine Einbringung des Wohnobjekts *quoad sortem* erfolgt ist. In den Besprechungen dieser Entscheidung wurde dieser Begründungsansatz kontroversiell[26] beurteilt, weshalb dieser Frage im Folgenden näher nachgegangen werden soll.

Die Differenzierung zwischen *quoad usum*, *quoad sortem* und *quoad dominium* wird heute bei der Regelung der Vermögensordnung der GesbR in § 1180

[23] Wenn nichts anders vereinbart, ist der verkehrsübliche Wert im Zeitpunkt der Einbringung für die Bemessung der Einlage maßgeblich (OGH 6 Ob 45/18p = GesRZ 2018, 300 *Höhne*).

[24] MietSl 36.201; 3 Ob 545/87 = Juristische Blätter, 1988, 516 *Kerschner*; zustimmend Meissel, F.; Preslmayr, M., *Die Abgeltung von Leistungen in der Lebensgemeinschaft*, in: Harrer, F.; Zitta, R. (ed.), *Familie und Recht*, LexisNexis, Wien., 1992, 531; Deixler-Hübner, A., *Probleme der Leistungsabgeltung im Zusammenhang mit der Auflösung der Lebensgemeinschaft*, ÖJZ, no. 6, 1999, 206.

[25] (Österreichischer) OGH 3 Ob 146/02w.

[26] Kritisch dazu Wimmer, *op. cit.* (fn. 16), 272f; zustimmend hingegen Neugebauer-Herl, *op. cit.* (fn. 16), 91.

ABGB explizit angesprochen; gem § 1180 Abs 2 ABGB „können der Gesellschaft Sachen auch bloß zum Gebrauch zur Verfügung gestellt" (*quoad usum*) oder aber „im Innenverhältnis so behandelt werden, als ob sie allen gemeinsam gehören" (*quoad sortem*). Trotz der lateinischen Begrifflichkeit ist diese Dreiteilung eine relativ moderne Erfindung[27], wenngleich die Unterscheidung zwischen unterschiedlichen Arten der dinglichen Zuordnung und der Gefahrtragung schon im römischen Recht ansatzweise zu finden ist.

Hier ist insbes an den berühmten Quadriga-Fall des *Celsus* zu erinnern:

Ulpian (31 ad edictum) D. 17.2.58pr:

... cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. ceterum si id actum dicatur; ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.

Da du drei Pferde hattest und ich eines, haben wir eine Gesellschaft zu dem Zweck gegründet, dass du die Pferde zusammen mit meinem Pferd als Viergespann verkaufst und mir von dem Erlös ein Viertel gibst. Wenn nun mein Pferd vor dem Verkauf eingegangen ist, so sagt Celsus, er meine, dass die Gesellschaft nicht fortbestehe und mir kein Anteil an dem Wert deiner Pferde gebühre. Denn nicht um ein Viergespan zu haben, sondern um es zu verkaufen, sei die Gesellschaft eingegangen worden. Wenn jedoch vorgetragen wird, die Absicht sei dahin gegangen, dass ein Viergespann gebildet und du an ihm drei Anteile haben sollst und ich den vierten, so sind wir ohne Zweifel weiterhin Gesellschafter.[28]

Ego bringt ein Pferd und Tu bringt drei Pferde ein, um eine *quadriga* zu bilden, Tu soll diese gewinnbringend verkaufen und dem Ego ein Viertel des Erlöses geben. Vor dem Verkauf stirbt das Pferd des Ego. *Celsus* entscheidet, dass Tu aus dem Erlös seiner drei Pferde dem Ego nichts herauszugeben habe; dies gelte aber nur, sofern der Gesellschaftszweck auf den sofortigen Verkauf ausgerichtet gewesen sei.[29] Anders dagegen, wenn die Parteien ein gemeinsa-

[27] Dazu Berninger, A., *Die societas quoad sortem*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1994, 31 ff.

[28] Übersetzung: Misera, K. in: Behrends O.; Knütel R.; Kupisch, B.; Seiler H., *Corpus Iuris Civilis III*, Verlag C.H. BECK, München, 1999, 421.

[29] Für eine ausführlichere Analyse dieser Stelle siehe Misera, K., in: Medicus, D. (ed.), *FS Kaser*, Beck, München, 1986, 205 ff; Drosdowski, T., *Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi divid-*

mes Halten der Pferdequadriga beabsichtigten: In diesem Fall soll der eine zu drei Viertel und der andere zu einem Viertel beteiligt sein, wobei sowohl eine Einbringung *quoad sortem* (also wie im Ausgangsfall ohne sachenrechtliche Vergemeinschaftung, wohl aber mit gemeinsamer Gefahrtragung), als auch eine Einbringung *quoad dominium* (unter Bildung von Miteigentum) denkbar erscheint.[30]

Eine bloß schuldrechtliche Vergemeinschaftung würde hier bedeuten, dass hinsichtlich der vier Pferde der *quadriga* unter den Gesellschaftern so verfahren wird, als ob sie zu einem Viertel dem einen und zu drei Viertel dem anderen gehörten, obwohl sich sachenrechtlich an den ursprünglichen Eigentumszuordnungen nichts geändert hat. Stirbt aber das Pferd des einen, so wäre dieser Verlust gemeinsam zu tragen – und der Eigentümer des verstorbenen Pferdes wäre an den übrig gebliebenen drei Pferden des anderen weiterhin mit einem Viertel wertmäßig beteiligt.

Die uns heute geläufige Trias *quoad dominium / quoad sortem / quoad usum* hat sich terminologisch aber erst im 20. Jh. in der Gesellschaftsrechtsdoktrin durchgesetzt – und sie gibt offenbar immer noch Anlass zu Missverständnissen. So hat man bis weit ins 19. Jh. die Begriffe der *societas dominii* und der *societas sortis* bzw der *illatio quoad dominium seu quoad sortem* synonym gebraucht. Erst *Laband*[31] hat zwischen einer Einbringung einer Sache *quoad dominium* und *quoad sortem* unterschieden und herausgearbeitet, dass unter der Einbringung *quoad sortem* eine Einbringung dem Werte nach vorliegt, bei der aber keine Eigentumsveränderung stattfindet, sondern die Vergemeinschaftung nur schuldrechtlich *inter partes* erfolgt.[32]

Hervorzuheben ist, dass bei der Begriffsbildung *quoad sortem* ursprünglich vor allem die gemeinsame Gefahrtragung (*sors* = Schicksal) im Vordergrund stand, dass heute aber meist der Gedanke im Vordergrund steht, die *quoad sortem* eingebrachte Sache schuldrechtlich überhaupt wie eine im Miteigentum stehende Sache zu behandeln.

Zu bedenken ist allgemein aber auch, dass zwischen den diversen Widmungsformen auch Mischformen und atypische Gestaltungsformen denkbar

undo, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung, *vol.* 117, no. 1, 2000, 152 ff; Meissel, *Societas*, *op. cit.* (fn. 3), 273 ff.

30 Meissel, *Societas*, *op. cit.* (fn. 3), 275; anders Berninger, *op. cit.* (fn. 27), 40, der hier fälschlich eine *societas quoad usum* annimmt.

31 Laband, P., *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*, Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht, *vol.* 31, 1885, 1 ff (36f).

32 Für die Verbreitung der Unterscheidung von *quoad usum*, *quoad sortem* und *quoad dominium* eingebrachten Beiträgen war dann offenbar die Darstellung bei Wieland, K., *Handelsrecht*, I, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1921, maßgeblich; auf ihn beruft sich zB Cornioley, P., in: Becker, W., *Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, 506 Fn 49.

sind[33] und dass die Grenzen zwischen *quoad sortem* und *quoad usum* eingebrachten Sachen je nach Vereinbarung auch durchaus fließend sein können.[34] In diesem Sinn trifft es zu, dass auch unter Lebensgefährten die Einbringung *quoad sortem* eine bloß schuldrechtliche Vergemeinschaftung darstellt[35] und eine obligatorische Beteiligung des Lebensgefährten an einer – jedenfalls nominell[36] – weiterhin im Alleineigentum des anderen stehenden Sache erzeugt.

Die Frage, ob die *quoad sortem* eingebrachte Sache dem einbringenden Gesellschafter herauszugeben ist und dieser wertmäßig bloß die obligatorische Mitberechtigung des Mitgesellschafters ausgleichen muss, ist aber von der Frage des Titels zur Mitbenützung zu trennen: Ausschlaggebend für die Stattgebung einer Räumungsklage ist die *Titellosigkeit* der Benutzung durch den Beklagten.

Der Titel zur Weiternutzung kann aber nicht nur in einem dinglichen Nutzungsrecht (qua Miteigentum bei der Einbringung *quoad dominium*) bestehen, sondern es genügt, dass der Beklagte sich auf ein obligatorisch *inter partes* bestehendes Nutzungsrecht berufen kann. Ein solches wird bei der Einbringung *quoad sortem*, wie der OGH zurecht angenommen hat, regelmäßig gegeben sein: So wie bei Miteigentum das Nutzungsrecht der Gesellschafter aus dem Miteigentum abgeleitet ist, wird bei Gesellschaftern, die schuldrechtlich wie Miteigentümer die Sache gemeinsam haben wollen, ein entsprechendes Nutzungsrecht *ex contractu* gegeben sein. Dass dieses dann aber nicht bereits

---

33 Vgl Berninger, *op. cit.* (fn 27), 33 f: So zB bei einer Einbringung *quoad dominium*, bei der aber vereinbart wird, dass die Gesellschaft nur nach außen Eigentümerin ist, aber Wertveränderungen ausschließlich den einbringenden Gesellschafter betreffen sollen, sodass im Innenverhältnis eine bloße *societas quoad usum* vorliegt.

34 So kann etwa vereinbart sein, dass für die im Eigentum des Einbringenden verbleibende Sache zwar alle Gesellschafter die Gefahr tragen sollen, allfällige Wertsteigerungen aber nur dem Einbringenden zugutekommen sollen.

35 Wimmer, *op. cit.* (fn. 16), 272 f.

36 Die spannende Frage, ob dabei der Eigentümer je nach Vereinbarung auch als Treuhänder des anderen fungieren kann und dadurch über die Treuhand eine quasi-dingliche insolvenzrechtliche Position denkbar ist, soll hier nicht näher untersucht werden. Vgl dazu Kastner, W., *Kreditkonsortium, Gelegenheitsgesellschaft und Treuhandschaft*, Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 1982, 1 (2f); König, B. *Das "Gesellschaftsvermögen" im Konkurs der GesBR*, Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz, 1996, 77; Riedler, A., *Treuhandmissbrauch bei quoad sortem in eine GesbR eingebrachten Sachen: Anmerkung zu OGH 20. 4. 2006, 5 Ob 297/05w*, wbl, *vol.* 21, no. 5, 2007, 218; Told, J., *Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: ein Beitrag zur Reformdiskussion Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, Manz, Wien, 2011, 42ff; Spitzer, M., *Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Vermögensordnung und Insolvenz – Ein vertikaler Rechtsvergleich vor und nach der GesBR-Reform 2015*, in: Blocher, W. (ed.), *Festschrift Christian Nowotny: zum 65. Geburtstag*, Manz, Wien, 2015, 413 (421, 437ff); einschränkend Jabornegg, P., *Keine Aussonderungsrechte der Mitgesellschafter einer GesbR an Miteigentumsanteilen des Gemeinschuldners bei Einbringung quoad sortem*, Juristische Blätter, *vol.* 238, no. 4, 2000, 242; ablehnend Wimmer, *op. cit.* (fn. 16), 273 f.

mit der Beendigung der Lebensgemeinschaft wegfällt, sondern erst nach Abwicklung der GesbR, wird in aller Regel die dem (tatsächlichen oder hypothetischen) Parteienwillen am besten entsprechende Lösung darstellen. Für eine *quoad sortem* in eine GesbR unter Lebensgefährten eingebrachte Liegenschaft hat der OGH dies daher mE völlig zurecht bejaht.

Für den praktisch bedeutsamen Fall der gemeinsamen Schaffung und Nutzung von Wohnraum hat 8 Ob 49/19t klargestellt, dass auch bei grundbücherlichem Alleineigentum an der Liegenschaft einer Räumungsklage gegen den Lebensgefährten nicht stattzugeben ist, wenn die Lebensgefährten in einer GesbR hinsichtlich des Hauses dieses (zumindest) schuldrechtlich als gemeinsames behandeln wollten. Darüberhinausgehend ist mE auch unter Lebensgefährten allgemein Zurückhaltung geboten, aus dem Ende der Lebensgemeinschaft (die ja infolge einseitiger Erklärung ab Zugang als beendet anzusehen ist) das automatische Ende der Benutzungsberechtigung des bis dahin gemeinsam genutzten Wohnraums anzunehmen.

Eine temporäre Nutzungsberechtigung – zB bis zur Vermögensaufteilung oder bis zum Finden einer adäquaten neuen Wohnmöglichkeit – kann sich auch aus entsprechenden vertraglichen (uU auch konkludent zustande gekommenen) Vereinbarungen zwischen den Lebensgefährten hinsichtlich der Nutzung der gemeinsam finanzierten Wohnmöglichkeit oder ergänzender Vertragsauslegung ergeben.

IV. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Bereits Roms Juristen waren auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts nicht reine Theoretiker, sondern haben sich mit der Vertragspraxis auseinandergesetzt und diese geformt und weiterentwickelt. Das römische Gesellschaftsrecht hat so mit relativ einfachen Mitteln, die flexibel gehandhabt wurden, eine beachtliche Bandbreite von Kooperationsverhältnissen ermöglicht und damit Bedürfnisse der antiken Ökonomie befriedigt.

Ohne die Verdienste und Innovationen der späteren Zeit, der mittelalterlichen Kaufmannspraxis, der darauf aufbauenden Entwicklung der frühen Neuzeit und dann des 19. und 20. Jahrhunderts schmälern zu wollen, läßt sich mE eine eigenständige Bedeutung des römischen Gesellschaftsrechts im Zuge der europäischen Gesellschaftsrechtsentwicklung festmachen. Ganz allgemein scheint mir diese Bedeutung vor allem in einem zu liegen: in einer spezifischen Symbiose von Praxis und Rechtswissenschaft, wie sie auch unserem unvergessenen Kollegen Marko Petrak stets ein besonderes Anliegen war.

Summary

Franz-Stefan Meissel*

FROM THE *SOCIETAS* OF CLASSICAL ROMAN LAW TO THE MODERN CIVIL LAW CONTRACT OF PARTNERSHIP (§ 1175 FF ABGB): HISTORICAL AND COMPARATIVE REMARKS

The Roman consensual contract societas covers a wide range of various partnership agreements, among which the societas universorum quae ex quaestu veniunt. The article discusses the definition of quaestus, used by Roman jurists, and tries to shed some light on the practical relevance and the social context of such comprehensive partnership agreements concerning all the "earnings".

One setting in which similar comprehensive agreements of partnerships (encompassing more or less all the common earnings with the aim of sharing their lives) can be found in the present-day legal reality are consensual unions. Presupposing an adequate agreement of the partners, the sharing of their income and their expenses, and the pursuit of common economic goals like, for example, the common construction of a home, can constitute a civil law contract of partnership according to §§ 1175 ff ABGB. In a recent decision (OGH 8 Ob 48/19t), the Austrian Supreme Court clarified that even if the family home is owned only by one partner, the financial contribution of the other partner to the financing of the home can (depending on the circumstances of the case) qualify as a contribution quoad sortem (implying that the partner who has contributed merely financially is to be treated as if he were a co-owner as far as the internal relationship between the partners is concerned). If the union is ended, the contractual civil law partnership, which had existed until its end, still has to be undone. As long as this dissolution has not taken place, the former companion may still claim to use the house on the basis of an existing (contractual) right of use. The article discusses this ruling and retraces the dogmatic history of the distinction between contributions quoad sortem and quoad usum.

Key words: Roman law of partnership; societas quaestus; consensual union (Austrian law); civil law contract of partnership; quoad sortem

* Franz-Stefan Meissel, Ph. D., Profesor, Institute of Roman Law and Ancient Legal History, Faculty of Law, University of Vienna, Schenkenstraße 8-10, 1010 Wien, Austria; franz.stefan.meissel@univie.ac.at;
ORCID ID: orcid.org/0000-0002-9081-1573

Sažetak

Franz-Stefan Meissel*

OD ORTAŠTVA (*SOCIETAS*) KLASIČNOGA RIMSKOG PRAVA DO SUVREMENOGA GRAĐANSKOPRAVNOG UGOVORA O ORTAŠTVU U AUSTRIJSKOM PRAVU (§ 1175 FF ABGB): POVIJESNA I POREDBENOPRAVNA RAZMATRANJA

Rimski ugovor o ortaštvu (societas) pokriva širok spektar partnerskih ugovora, među kojima je i societas universorum quae ex quaestu veniunt. U članku se raspravlja o definiciji quaestus od strane rimskih pravnika te se pokušavaju rasvijetliti praktična važnost i društveni kontekst takvih sveobuhvatnih partnerskih ugovora koji se odnose na „zaradu".

U suvremenome pravnom okruženju, jedno od područja u kojem se mogu naći slični sveobuhvatni sporazumi ortačkih (partnerskih) odnosa (koji obuhvaćaju više ili manje sve zajedničke prihode s ciljem dijeljenja života) su izvanbračne zajednice. Pretpostavljajući adekvatan dogovor ortaka (partnera), dijeljenje njihovih prihoda i troškova te težnja zajedničkim ekonomskim ciljevima, kao što je npr. zajednička izgradnja mjesta stanovanja, može činiti građanskopravni ugovor o ortaštvu prema §§ 1175 ff. ABGB-a. U nedavnoj odluci (OGH 8 Ob 48/19t) austrijski Vrhovni sud pojasnio je da čak i ako je zemljište u vlasništvu samo jednog partnera/ortaka, financijski doprinos drugog partnera/ortaka može se (ovisno o okolnostima slučaja) kvalificirati kao doprinos quoad sortem (što implicira da se partner/ortak koji je dao isključivo financijski prinos treba tretirati kao da je suvlasnik kad je riječ o unutarnjem odnosu između ortaka). Ako je partnerstvo okončano, do tada postojeće ugovorno građanskopravno ortaštvo također treba raskinuti. Sve dok se ovaj raskid ne dogodi, bivši partner može tvrditi pravo na korištenje kuće na temelju postojećeg (ugovornog) prava uporabe. Članak raspravlja o ovoj odluci i ponovno prati dogmatsku povijest razlike između doprinosa quoad sortem i quoad usum.

Ključne riječi: societas, societas quaestus, izvanbračna zajednica, ugovor o ortaštvu, quoad sortem

* Dr. sc. Franz-Stefan Meissel, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Beču, Schenkenstraße 8-10, 1010 Beč, Austrija; franz.stefan.meissel@univie.ac.at;
ORCID ID: orcid.org/0000-0002-9081-1573