

PETER KINDLER

**LE SUCCESSIONI A CAUSA DI MORTE NEL DIRITTO TEDESCO: PROFILI  
GENERALI E SUCCESSIONE NEI BENI PRODUTTIVI (\*)**

**- TESTO PROVVISORIO -**

SOMMARIO: I. Cenni introduttivi.- II. Differenze fondamentali rispetto al diritto successorio italiano.- III. La successione dell'imprenditore individuale.- IV. La successione del socio di una società di persone.- V. La successione del socio di una società di capitali.- VI. Osservazioni conclusive.-

**I. Cenni introduttivi**

Il presente contributo è dedicato ad illustrare le grandi linee del diritto delle successioni per causa di morte in Germania nonché la disciplina e i problemi della successione nei beni produttivi (aziende e quote di partecipazione). Il tema è di particolare interesse non solo a livello accademico ma anche sotto un profilo pratico. Dal 17 agosto 2015 si applica il Regolamento (UE) n. 650/2012 relativo alle successioni internazionali <sup>(1)</sup>, il che comporta che per i 650.000 cittadini italiani residenti in Germania <sup>(2)</sup> trova applicazione il diritto successorio tedesco in base all'art. 21 di detto Regolamento. Nel caso di un *de cuius* imprenditore italiano con delle attività commerciali in Germania, si

---

\* Lo scritto si basa sulla relazione che l'A. ha tenuto in occasione del seminario "La successione ereditaria nel patrimonio produttivo e nella ricchezza familiare" del 28 novembre 2014 a Bolzano, organizzato dalla Scuola di Notariato del Comitato Triveneto con il patrocinio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova.

Abbreviazioni tedesche usate nel presente contributo:

AG ... Aktiengesellschaft

BGH ... Bundesgerichtshof (Corte di cassazione tedesca)

BVerfG ... Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale tedesca)

GmbH ... Gesellschaft

KG ... Kommanditgesellschaft

NZG ... Neue

OHG ... Offene

<sup>1</sup> Regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, G.U.U.E. n. L 201/107 del 27 luglio 2012.

<sup>2</sup> Più precisamente, secondo dati ufficiali dell'AIRE relativi al 2012, i cittadini italiani residenti in Germania risultavano 651.852; <http://it.wikipedia.org/wiki/Italo-tedeschi>.

verificherà un parallelismo fra il diritto commerciale applicabile (sempre quello tedesco) e quello delle successioni a causa di morte. Dispone tuttavia l'art. 22 co. 1 del Regolamento che una persona può scegliere come legge che regola la sua successione la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza <sup>(3)</sup>. L'imprenditore italiano con residenza abituale in Germania potrà quindi optare per la legge italiana per quanto riguarda le successioni, ma non per quanto riguarda il diritto commerciale. Viceversa, il cittadino tedesco residente in Italia può optare per la legge tedesca come *lex successionis*, ad esempio per evitare le restrizioni della legge italiana in tema di successione necessaria o per creare il parallelismo fra *lex successionis* e *lex societatis* (se socio di una società tedesca).

Sono esclusi dall'ambito di applicazione del regolamento le questioni disciplinate dal diritto applicabile alle società, quali le clausole degli atti costitutivi e degli statuti di società che stabiliscono la destinazione delle quote di partecipazione alla morte dei loro membri nonché lo scioglimento e l'estinzione della società stessa (art. 1 co. 2 lett. h, i del Regolamento) <sup>(4)</sup>.

Un altro motivo per affrontare il tema della successione nei beni produttivi sta nel fatto che siamo a vent'anni dalla formulazione da parte della Commissione delle Comunità Europee della Raccomandazione del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese (pmi) <sup>(5)</sup>. In questa raccomandazione la Commissione esprime la sua preoccupazione, tra l'altro, che nella maggior parte degli Stati membri la società di persone viene sciolta quando uno dei soci muore, il che mette in pericolo la continuità della società e – di conseguenza – il mantenimento dei posti di lavoro dei dipendenti della società <sup>(6)</sup>. La Commissione vede un ulteriore problema nella regola che i coeredi – sia di un

---

<sup>3</sup> Per la situazione inversa – cittadino tedesco con residenza in Italia e azionista di una s.p.a. tedesca – e l'eventuale opportunità di una *professio iuris* a favore del diritto successorio tedesco v. P. KINDLER, *Der Aktionär im toskanischen Lebensabend – Zum Kollisionsrecht der Testamentsgestaltung bei Auslandsdomizil unter der neuen EU-Erbverordnung*, in M. HABERSACK-K. HUBER-G. SPINDLER (a cura di), *Festschrift für Eberhard Stolz zum 65. Geburtstag*, 2014, p. 345 ss.

<sup>4</sup> P. FRANZINA-A. LEANDRO, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni per causa di morte in Europa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 275 ss.; sulla delimitazione della *lex successionis* dalla *lex societatis* v. P. KINDLER, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 11, 6<sup>a</sup> ediz., 2015, annotaz. ●● ss.; *amplius* A. DUTTA, *Die Abgrenzung von Gesellschaftsstatut und Erbstatut beim Tod des Gesellschafters*, in *RabelsZ*, 73, 2009, p. 727 ss.

<sup>5</sup> Raccomandazione 94/1069/CE della Commissione, del 7 dicembre 1994, sulla successione nelle piccole e medie imprese (Testo rilevante ai fini del SEE), in *Gazzetta ufficiale* n. L 385 del 31/12/1994, pag. 14 - 17; anche in N. CANESSA, *Family governance: la continuità dell'impresa. Il passaggio generazionale*, 2006, p. 271 ss.

<sup>6</sup> Raccomandazione, *cit.*, considerando n. 16, art. 1.

socio di una società di persone sia di un imprenditore individuale – sono, in base alla legge nazionale, tenuti a pronunciarsi sul destino dell'impresa all'unanimità per cui la sopravvivenza dell'impresa può essere messa in pericolo dalla semplice volontà contraria di soltanto uno degli eredi<sup>(7)</sup>). La Commissione invita, per questa ragione, gli Stati membri ad assicurare la continuità delle società di persone e delle imprese individuali in caso di decesso di uno dei soci o dell'imprenditore (art. 5 della Raccomandazione). A vent'anni dalla formulazione di questa raccomandazione – e in assenza di una vera e propria armonizzazione del diritto successorio sostanziale<sup>(8)</sup> – sembra legittimo chiedersi che progressi abbia fatto il diritto tedesco in tema di continuità dell'impresa (*Unternehmenskontinuität*)<sup>(9)</sup>.

Facendo seguito a tale raccomandazione, la Commissione in una Comunicazione del 1998 ha constatato che, in tema di continuità della società di persone al fine di evitare la chiusura ingiustificata di pmi, l'Italia – accanto al Portogallo – ha la legislazione migliore in questo settore<sup>(10)</sup>. Al contempo è stato constatato che anche la Germania stava per varare una riforma in tal senso – infatti la riforma *dell'HGB* del 1998 ha introdotto il principio della continuità della società commerciale di persone (§§ 131 co. 1 n. 6 e 161 co. 2 *HGB*)<sup>(11)</sup>.

Per quanto riguarda le fonti del diritto successorio in senso lato, ci sono da nominare, accanto al V Libro del *BGB* dedicato appunto alle successioni (§§ 1922 ss. *BGB*):

- l'art. 14 della costituzione tedesca, il quale garantisce il diritto successorio, e più precisamente la libertà di testare (*Testierfreiheit*) e la legittima (*Pflichtteil*)<sup>(12)</sup>;

---

<sup>7</sup> Raccomandazione, *cit.*, considerando n. 17, art. 1.

<sup>8</sup> S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Timidi tentativi di armonizzazione della disciplina successoria in Europa*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 495 ss.

<sup>9</sup> Cfr. H.-J. PRIESTER, *Handelsrechtsreformgesetz - Schwerpunkte aus notarieller Sicht*, in *DNotZ*, 1998, p. 691 ss., 702 ss.; sulla continuità dell'impresa in diritto italiano v., da ultimo, G. ZANCI, *La successione nell'impresa*, in *Studium iuris*, 2013, p. 1365 ss.

<sup>10</sup> Comunicazione n. 98/C 93/02 della Commissione relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese, in *Gazzetta ufficiale* n. C 93 del 28/3/1998, p. 2 ss., 4.

<sup>11</sup> In generale sulla riforma del 1998 K. SCHMIDT, *Il Codice Commerciale Tedesco: Dal Declino alla Ri-Codificazione (Riflessioni sulla Riforma del HGB)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 711 ss.

<sup>12</sup> OLZEN, *Erbrecht*, 2a ediz., 2005, p. 24 ss.; sulla tutela costituzionale della legittima v. *BVerfG*, sentenza del 19 aprile 2005, in *NJW*, 2005, p. 1561; M. SCHÖPFLIN, *Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteilsrechts und Pflichtteilsentziehung*, in *FamRZ*, 2005, p. 2025 ss.

- alcune disposizioni del codice di commercio ad esempio sulla responsabilità dell'erede in caso di continuazione dell'impresa commerciale (§§ 25 e 27 HGB)<sup>(13)</sup>;
- gli artt. 25 e 26 della legge introduttiva al BGB in tema di diritto internazionale privato che saranno aboliti con effetto dal 17 agosto del 2015 quando il relativo regolamento UE n. 650/2012 sostituirà le norme nazionali al riguardo<sup>(14)</sup>;
- la (progettata) legge sui procedimenti relativi all'apertura delle successioni internazionali (*Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz*) che entrerà in vigore il 17 agosto 2015<sup>(15)</sup>;
- i §§ 4 e 5 della legge sulle successioni nelle fattorie (*Höfeordnung*), paragonabile agli artt. 11 ss. della legge della provincia di Bolzano n. 17 vom 28 novembre 2001 sul maso chiuso;
- i §§ 345-373 della legge sulla volontaria giurisdizione (*FamFG*), paragonabili agli artt. 747–783 c.p.c.;
- la legge sull'imposta sulle successioni e donazioni (*ErbStG*);

## II. Differenze fondamentali rispetto al diritto successorio italiano

1. Introduzione – 2. Acquisizione automatica dell'asse ereditario e accettazione dell'eredità. – 3. Il patto successorio e il testamento congiuntivo: gli strumenti per regolare una successione futura – 4. Il legato obbligatorio. – 5. La successione legale necessaria. – 6. Divergenze in tema di successione legittima: la linea di demarcazione con il diritto di famiglia. – 7. La comunione ereditaria tra tutela dei creditori ereditari e divisione. – 8. La tutela dei terzi in buona

<sup>13</sup> Altre norme del codice commercio che disciplinano il fenomeno successorio riguardano la continuazione della ditta (§ 22 HGB), la responsabilità dell'erede in qualità di socio subentrante di una società a nome collettivo (§ 130 HGB), lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente al socio defunto (§ 131 co. 3 n. 1 HGB), la trasformazione della s.n.c. in s.a.s. (§ 139 HGB) ecc.

<sup>14</sup> Regolamento n. 650/2012 del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, in GUUE n. L 201/107 del 27 luglio 2014; sull'abolizione degli artt. 25, 26 EGBGB v. R.WAGNER-P. SCHOLZ, *Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Durchführung der EU-Erbrechtsverordnung*, in *FamRZ*, 2014, p. 714 ss.

<sup>15</sup> R.WAGNER-P. SCHOLZ, *Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Durchführung der EU-Erbrechtsverordnung*, in *FamRZ*, 2014, p. 714 ss.

federe: erede apparente, *Erbschein* e certificato europeo. – 9. Istituti alternativi alle disposizioni di ultima volontà.

## 1. Introduzione

Il diritto successorio tedesco presenta una serie di differenze fondamentali rispetto al diritto successorio italiano, differenze dovute al fatto che la codificazione italiana si ispira in gran parte al Code Napoleon mentre il diritto tedesco è più in linea con la tradizione del diritto romano in quel settore (<sup>16</sup>). Quali sono queste differenze? Diamo prima uno sguardo d'insieme, per poi scendere nei particolari delle singole istituzioni.

La prima differenza più vistosa è quella riguardante lo stesso fenomeno successorio: in diritto tedesco, la devoluzione si ha *ex lege* al momento dell'apertura della successione, mentre il codice civile italiano richiede l'accettazione dell'eredità. Nella successione testamentaria stupiscono i divieti del patto successorio e del testamento congiuntivo nonché l'atteggiamento restrittivo nei confronti della sostituzione fedecommissaria e della rinuncia alla legittima, divieti sconosciuti al diritto tedesco. A differenza dal diritto italiano, il *BGB* conosce l'esecuzione testamentaria anche a lunga durata. In diritto italiano il legato di una cosa determinata si acquista automaticamente al momento dell'apertura della successione, mentre il diritto tedesco conosce soltanto il legato ad effetti obbligatori. In Italia la posizione del legittimario è quella di un vero e proprio erede, mentre in Germania consiste in un credito pecuniario verso l'erede. A ciò si aggiunge che in Germania la quota disponibile del testatore è più alta rispetto al diritto italiano.

Per quanto riguarda la successione legittima, dispone il diritto italiano che quando con il coniuge concorrono dei figli, il coniuge ha diritto alla metà dell'eredità, se alla successione concorre un solo figlio, e ad un terzo negli altri casi. In Germania al coniuge spetta 1/8 e ai figli la metà della quota che spetta loro nella successione legittima (cioè 1/8 se ci sono due figli). Nella comunione

---

<sup>16</sup> D. OLZEN, *Erbrecht*, 2<sup>a</sup> ediz., 2005, p. 14 s.; ● VON BUCHKA, *Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des Gemeinen Rechts*, 3<sup>a</sup> ediz., 1899; ● HARTMANN, *Das Recht der vertraglichen Erbfolgeregelung in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, 2005; ●● HATTENHAUER, *Zur Dogmengeschichte des Erbrechts*, in *Jura*, 1983, p. 9 ss., 68 ss.; H.-G. MERTENS, *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht*, 1970; ●● MOHNHAUPT, *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts*, 1987.

ereditaria, in diritto italiano gli eredi sono tenuti verso i creditori al pagamento dei debiti ereditari soltanto in proporzione alla loro quota ereditaria, mentre in diritto tedesco vige il principio della responsabilità solidale. L'acquisto in buona fede dall'erede apparente in Italia segue le regole generali dell'acquisto a *non domino*, mentre in Germania deve essere basato sul contenuto del certificato d'eredità, istituzione simile al certificato successorio europeo disciplinato dal nuovo regolamento UE e al certificato di eredità di cui alla Legge tavolare (art. 21) <sup>(17)</sup>.

## 2. Acquisizione automatica dell'asse ereditario e accettazione dell'eredità

In diritto tedesco, la delazione si ha *ex lege* al momento dell'apertura della successione (§ 1922 co. 1 *BGB*), mentre il codice civile italiano richiede una dichiarazione di volontà da parte del chiamato, cioè l'accettazione dell'eredità (artt. 459, 470 c. c.). Per quanto riguarda l'acquisizione dell'asse ereditario, il *BGB* segue il modello del diritto romano, il codice civile quello del *Code Napoleon* <sup>(18)</sup>. È vero che anche il diritto tedesco conosce l'istituto dell'accettazione dell'eredità, ma con una funzione ben diversa, radicata nell'ambito dell'istituto della rinuncia all'eredità. Con l'apertura della successione l'erede acquista infatti i beni del defunto *ex lege* (§ 1922 *BGB*), ma può evitare la successione con effetto retroattivo se dichiara la rinuncia all'eredità (*Ausschlagung*) entro sei settimane dalla conoscenza dell'apertura della successione (§§ 1943 e 1944 *BGB*). Ora, la facoltà di dichiarare la rinuncia all'eredità viene meno appena dichiarata l'accettazione all'eredità. L'accettazione si dichiara all'ufficio giudiziario competente per le successioni (*Nachlassgericht*, § 1945 *BGB*).

In altre parole, in diritto tedesco l'acquisizione dell'asse ereditario da parte dell'erede non presuppone l'accettazione con effetto costitutivo (artt. 459 e 470 c.c.), bensì avviene *ex lege* (§§ 1922 co. 1 e 1942 co. 1 *BGB*) con l'apertura della successione. Non è necessario il concorso della volontà dell'acquirente per l'acquisto dei diritti, obblighi e situazioni giuridiche che facevano capo al *de*

---

<sup>17</sup> Regio Decreto 28 marzo 1929, n. 499.- Disposizioni relative ai libri fondiari dei territori delle nuove province; <http://www.librofondario.provincia.tn.it/>.

<sup>18</sup> R. MEYER-PRITZL, *Erbrecht*, in STAUDINGER, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2012, p. 1346, annotaz. 13 con riferimento a *Gai Institutiones*, 2, 97, e *Institutiones Iustiniani*, 2, 9, 6; ●●, in *Enc. dir.*, tomo ●●, ●●

*cuius*. Con questo meccanismo dell'acquisto automatico dell'eredità (*Vonselbsterwerb*) la legge intende evitare il fenomeno dell'eredità giacente (*liegende Erbschaft, hereditas iacens*) considerato dai padri del *BGB* una situazione di incertezza non auspicabile<sup>(19)</sup>. Non è neanche necessaria un'immissione nel possesso pronunciata dal giudice (*Einantwortung*) come la conosce il diritto austriaco<sup>(20)</sup> oppure l'acquisto dell'eredità da parte di una figura intermedia come lo è il „*personal representative*“ di diritto inglese, che solo in un momento successivo all'apertura della successione trasferisce l'asse ereditario all'erede.

Evitando la fase di eredità giacente il legislatore mira a tutelare l'erede perché si esclude allo stesso tempo l'acquisto in buona fede di beni ereditari da parte di terzi (§§ 935 e 857 *BGB*). Le incertezze che rimangono sono dovute, da un lato, alla possibilità dell'acquisto in buona fede da un soggetto indicato come erede in un certificato d'eredità (§§ 2365 ss. *BGB; Erbschein*) quando il contenuto del certificato non corrisponde al vero; e dall'altro lato alcune incertezze sono dovute alla facoltà del chiamato di rinunciare all'eredità con effetto retroattivo entro sei settimane dall'apertura della successione (§§ 1942 ss. *BGB*).

### **3. Il patto successorio e il testamento congiuntivo: gli strumenti per regolare una successione futura**

Altri esempi classici di differenze significative fra i due ordinamenti sono i divieti del patto successorio (art. 458 c.c.)<sup>(21)</sup> e del testamento congiuntivo o reciproco (art. 589 c.c.). In diritto tedesco questi strumenti esistono e svolgono dei ruoli centrali proprio nella successione nei beni produttivi. Con il patto successorio (§§ 2274 ss. *BGB*) ciascuno dei contraenti può adottare delle disposizioni a causa di morte quali l'istituzione di erede e il legato (§ 2278 *BGB*). Il patto è vincolante e può essere risolto solo di comune accordo dalle persone che l'hanno stipulato (§ 2290 *BGB*). L'istituto tiene conto del desiderio degli interessati di organizzare un passaggio generazionale del patrimonio che sia

---

<sup>19</sup> D. LEIPOLD, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6<sup>a</sup> ediz., 2013, sub § 1942, annotaz. 2, 3; *amplius* K.

MUSCHELER, *Universalsukzession und Vonselbsterwerb*, 2002.

<sup>20</sup> Per una comparazione italo-austriaca del diritto successorio v. le pagine web del Comitato Italo-Austriaco del Notariato, [www.notarcomitato.com](http://www.notarcomitato.com).

<sup>21</sup> Il Regolamento n. 650/2012 ne disciplina gli aspetti internazionalprivatistici all'art. 25.

stabile e prevedibile già prima dell'apertura della successione <sup>(22)</sup>, il che ricorda le ragioni che hanno spinto il legislatore italiano all'introduzione del patto di famiglia <sup>(23)</sup>. Casi frequenti sono quello degli coniugi che vogliono garantire il trattamento uguale di figli provenienti da matrimoni diversi oppure quello del disponente che in cambio di una rendita vitalizia istituisce erede il soggetto obbligato. Inoltre, nel mondo dell'impresa, spesso il titolare o socio principale si avvale del patto successorio per regolare la successione con certezza giuridica per la generazione successiva. Siccome il testamento non è vincolante (§§ 2253 ss. BGB), non è uno strumento adatto per questo tipo di situazioni. Anche la Commissione Europea vede nel divieto del patto successorio una "complicazione inutile" per la pianificazione delle successioni <sup>(24)</sup> e di conseguenza un potenziale pericolo per la continuità dell'impresa.

Il testamento congiuntivo (§§ 2265 ss. BGB) può essere redatto soltanto dai coniugi ed è revocabile solo di comune accordo (§ 2271 BGB). Le funzioni dell'istituto corrispondono per molti aspetti a quelli del patto successorio.

#### 4. Il legato obbligatorio

Il diritto tedesco non conosce il legato ad effetto reale. Il legato è sempre e solo ad effetto obbligatorio (§§ 2147 e 2174 BGB), sia nel caso del legato di quantità sia nel caso del legato di specie. In diritto tedesco, il legato fa nascere, al momento dell'apertura della successione, un mero credito che il beneficiario/legatario acquista nei confronti dell'erede, credito rivolto al trasferimento della proprietà o della titolarità del bene oggetto del legato. La posizione del legatario in diritto tedesco, pertanto, è più debole rispetto alla posizione del beneficiario di un legato di specie in diritto italiano: l'art. 649 co. 2 c.c. ne dispone gli effetti reali. Innanzitutto non gli spetta l'azione di rivendicazione (§ 985 BGB, art. 948 c.c.) nei confronti dei creditori degli eredi

---

<sup>22</sup> ● H.-J. H.-J. MUSIELAK, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6a ediz., Monaco di Baviera, 2013, Introd. §§ 2274 ss. BGB annotaz. 1; per un'analisi comparatistica v. A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 355 ss.; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Timidi tentativi di armonizzazione della disciplina successoria in Europa*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 495 ss., 510 ss.

<sup>23</sup> G. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 6<sup>a</sup> ediz., 2013, p. 210; G. DE NOVA, in G. DE NOVA-F. DELFINI-S. RAMPOLLA-A. VENDITTI (a cura di), *Il patto di famiglia*, 2006, p. 1; P. P. VITUCCI, ●●, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 447 ss.

<sup>24</sup> Comunicazione n. 98/C 93/02 della Commissione relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese, in *Gazzetta ufficiale* n. C 93 del 28/3/1998, p. 2 ss., 5; per una visione critica dell'istituto v., da ultimo, D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, 2013, volume recensito da A. MORACE PINELLI, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 404 ss.



(<sup>25</sup>) o di terzi che si siano impadroniti del bene, e non può essere iscritto nel libro fondiario qualora oggetto del legato sia stato un bene immobile. Proprio la debolezza della posizione del legatario dà spesso adito a controversie circa la distinzione tra erede e legatario. Dispone il § 2287 *BGB* che, nel dubbio, l'assegnazione di beni determinati deve interpretarsi come legato (<sup>26</sup>).

L'importanza dell'effetto meramente obbligatorio del legato per il sistema tedesco è stata sottolineata dalla Corte Suprema Federale anche rispetto ad un legato con effetto reale disposto in virtù di una *lex successionis* straniera (<sup>27</sup>). In una sentenza del 1994, il legato ad effetto reale straniero riferito ad un bene situato in Germania veniva così "riqualificato" come legato a meri effetti obbligatori (<sup>28</sup>). Questo perché, sempre ad avviso dei giudici, il legato ad effetti reali sarebbe incompatibile con il numero chiuso dei modi di acquisto della proprietà, stabilito dalla legge tedesca in qualità di *lex rei sitae* (art. 43 *EGBGB*; cfr. art. 51 legge 218/1995). Si ha così, la prevalenza della *lex rei sitae* sulla *lex successionis*.

## 5. La successione legale necessaria

Meritano particolare attenzione la quota disponibile, le quote di legittima e altre restrizioni alla libertà di disporre a causa di morte nonché gli eventuali diritti che le persone vicine al defunto possono vantare nei confronti dell'eredità o degli eredi (<sup>29</sup>). In Italia la posizione del legittimario è quella di un vero e proprio erede (artt. 553-564 c.c.), mentre in Germania consiste meramente in un credito pecuniario verso l'erede (§§ 2303 ss. *BGB*).

A ciò si aggiunge che in Germania la quota disponibile del testatore è più alta rispetto al diritto italiano. Prendiamo l'esempio di una coppia sposata con due figli. In base al diritto italiano (art. 542 c.c.), se chi muore lascia, oltre al coniuge, due figli, ad essi è complessivamente riservata la metà del patrimonio e al coniuge spetta un quarto del patrimonio del defunto. In base al diritto

---

<sup>25</sup> Infatti con l'effetto meramente obbligatorio del legato i padri del *BGB* hanno voluto proteggere le ragioni dei creditori del defunto e/o dell'erede, M. RUDY, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6<sup>a</sup> ediz., Monaco di Baviera, 2013, Introd. § 2174 *BGB* annotaz. 1.

<sup>26</sup> La norma corrisponde all'art. 588 c.c.; per la difficile applicazione v., da ultima, *Cass.*, 25 ottobre 2013, n. 24163, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce successione ereditaria, n. 165.

<sup>27</sup> *Bundesgerichtshof*, sentenza del 28 settembre 1994, in *NJW*, 1995, p. 58.

<sup>28</sup> Sulla "riqualificazione della fattispecie" come istituzione di diritto internazionale privato v. A COACCIOLI, *Manuale di diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, 2011, p. 132 ss.

<sup>29</sup> Vedi i considerando nn. 50, 58 del citato regolamento e l'art. 23, 2° comma, lett. h del regolamento.

tedesco, ai due figli è complessivamente riservato solo un quarto del patrimonio del defunto e al coniuge spetta un ottavo del patrimonio del defunto (§§ 1924, 1931, 1371, 2303 BGB) <sup>(30)</sup>. Base di calcolo è il patrimonio del defunto al netto del conguaglio patrimoniale, cioè la compensazione patrimoniale fra i coniugi al momento dello scioglimento della comunione degli incrementi (*Zugewinnausgleich*).

**Esempio <sup>(31)</sup>:** Tizio muore e lascia la moglie Caia e i figli Sempronio e Mevio. Nel suo testamento istituisce erede unico il Canile comunale di Garmisch-Partenkirchen. Non esiste una convenzione matrimoniale. La moglie e i figli sono molto delusi e chiedono all'avvocato quanto spetta loro. Tizio lascia 100.000 € in banca. A causa dello shopping compulsivo continuo della moglie Tizio non ha potuto realizzare nessun incremento del suo patrimonio durante il matrimonio con Caia. In questo caso Caia può pretendere 0 € a titolo di conguaglio patrimoniale (la metà dell'incremento realizzato da Tizio; § 1378 BGB). Di conseguenza la base di calcolo per la successione necessaria rimane ferma a 100.000€. Di questa somma Caia può pretendere 1/8 (12.500 €), cioè la metà di quanto le spetterebbe come erede (§§ 2303 e 1931 BGB), e lo stesso vale per Sempronio e Mevio (§§ 2303, 1924 BGB).

Gli assegnatari	Diritto italiano	Diritto tedesco
Moglie Caia	1/4 = 25.000€	1/8 = 12.500€
Figlio 1 (Sempronio)	1/4 = 25.000€	1/8 = 12.500€
Figlio 2 (Mevio)	1/4 = 25.000€	1/8 = 12.500€
Canile di Garmisch (quota disponibile)	1/4 = 25.000€	<b>5/8 = 62.500€ !</b>

Queste divergenze sono da considerare quando si tratta di adottare una disposizione a causa di morte sotto il regime del citato Regolamento UE n. 650/2012. Per ottenere l'applicazione del diritto tedesco – dove la quota disponibile è più alta rispetto al diritto italiano – un cittadino tedesco residente in Italia dovrebbe scegliere la legge tedesca come legge che regola la successione (artt. 22, 25 co. 3° del Regolamento). Al cittadino italiano con residenza in Germania la legge tedesca si applica comunque (art. 21 co. 1 del Regolamento).

<sup>30</sup> K.-W. LANGE, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6<sup>a</sup> ediz., 2013, § 2303 annotaz. 37.

<sup>31</sup> Esempio tratto da H. BROX-W.-D. WALKER, *Erbrecht*, 23<sup>a</sup> ediz., 2009, annotaz. 552.

## **6. Divergenze in tema di successione legittima – la linea di demarcazione con il diritto di famiglia**

Per quanto riguarda la successione legittima, dispone l'art. 581 c.c. che quando con il coniuge concorrono figli, il coniuge ha diritto alla metà dell'eredità, se alla successione concorre un solo figlio, e ad un terzo negli altri casi. In Germania dipende dal regime patrimoniale in vigore tra i coniugi (§§ 1371 e 1931 *BGB*). In base al regime patrimoniale legale (§§ 1363 ss. *BGB – Zugewinnngemeinschaft*), al coniuge superstite spetta la metà del patrimonio (§§ 1371 e 1931 *BGB*), di cui un quarto a titolo di conguaglio patrimoniale e un quarto come erede.

## **7. La comunione ereditaria tra tutela dei creditori ereditari e divisione**

Nella comunione ereditaria, in base all'art. 754 c. c. gli eredi sono tenuti verso i creditori al pagamento dei debiti ereditari soltanto in proporzione alla loro quota ereditaria, mentre in diritto tedesco c'è la responsabilità solidale (§ 2058 *BGB*), anche se prima della divisione tale responsabilità era limitata (§ 2059 *BGB*).

## **8. La tutela dei terzi in buona fede: erede apparente, *Erbschein* e certificato europeo**

L'acquisto in buona fede dall'erede apparente in Italia segue le regole generali dell'acquisto a *non domino* (art. 534 co. 2 c.c.), mentre in Germania deve essere basato sul contenuto del certificato d'eredità (*Erbschein*, §§ 2365 ss. *BGB*), istituzione simile al certificato successorio europeo disciplinato dal nuovo regolamento (artt. 62 ss.). La differenza fondamentale fra i vari regimi sta nel fatto che di fronte al certificato d'eredità di diritto tedesco il terzo è tutelato anche se l'ignoranza della mancata qualità di erede del soggetto indicato nel certificato come tale dipende da colpa grave (§ 2366 *BGB*). D'altra parte, il diritto italiano (artt. 1147, 1153, 534 c.c.) ed il Regolamento (art. 69, co. 3 e 4) non tutelano il terzo quando la mancata conoscenza della situazione legale deriva da colpa grave. Se, ad esempio, il terzo avesse dovuto sapere dell'esistenza di un testamento a favore di un'altra persona, allora la tutela in base al Regolamento e/o al diritto italiano viene meno. Non è così per il diritto tedesco, dove non esiste nessun obbligo di accertamento (*Nachforschungspflicht*) del terzo quando si è in presenza di un certificato di eredità.

## 9. Istituti alternativi alle disposizioni di ultima volontà

In alternativa alle disposizioni di ultima volontà il diritto tedesco conosce una serie di modelli contrattuali attraverso i quali si trasferisce il patrimonio di un soggetto con atto *inter vivos*, evitando in tal modo fino ad un certo punto l'applicazione delle norme cogenti del diritto successorio. Questi modelli ricomprendono, tra l'altro, la donazione e il contratto a favore di terzo <sup>(32)</sup>.

Non posso scendere nei particolari di tali modelli in questa sede ma vorrei mettere in evidenza due differenze fondamentali rispetto al diritto italiano: la prima è la già ricordata assenza di divieti, nel diritto tedesco, di certi tipi di negozi *mortis causa* quali il testamento congiuntivo (art. 589 c.c.), il patto successorio (art. 458 c.c.), la sostituzione fidecommissaria (art. 692 co. 5 c.c.) e la rinuncia all'azione di riduzione (art. 557 co. 2 c.c.). Essendo questi negozi ammessi dal diritto successorio tedesco <sup>(33)</sup>, non si pone il problema dell'estensione dei sopra menzionati divieti agli atti *inter vivos* <sup>(34)</sup>. La seconda differenza fondamentale sta nell'assenza di un istituto analogo al patto di famiglia (artt. 768-bis ss. c.c.), introdotto in Italia nel 2006 <sup>(35)</sup>. Il patto di famiglia consente al disponente di stipulare un contratto *inter vivos* in virtù del quale trasferisce l'azienda, o le quote o le azioni a uno o più discendenti, al contempo liquidando i diritti degli ipotetici legittimari non assegnatari <sup>(36)</sup>. In diritto tedesco questo risultato si ottiene con una donazione del bene produttivo e la rinuncia – dietro corrispettivo – ai loro diritti da parte degli ipotetici eredi e legittimari non assegnatari <sup>(37)</sup>.

---

<sup>32</sup> Per una panoramica dei modelli contrattuali più diffusi v. A. STEINER, *Die lebzeitige Vermögensübertragung*, in K. M. GROLL (a cura di), *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, 3<sup>a</sup> ediz., 2010, p. 44 ss.

<sup>33</sup> V., per il testamento congiuntivo §§ 2265 ss. *BGB*, per il patto successorio §§ 2274 ss. *BGB*, per la sostituzione fidecommissaria §§ 2100 ss. *BGB*, per la rinuncia all'azione di riduzione § 2346 co. 2 *BGB*.

<sup>34</sup> In Italia sembra molto sentito questo problema: A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, 2003; ID., *Le successioni*, tomo I, 1996, p. 46 ss.; per i così detti negozi connessi alla morte v. anche G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 6<sup>a</sup> ediz., 2013, p. 27 ss.; *amplius* D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, 2013, volume recensito da A. MORACE PINELLI, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 404 ss.

<sup>35</sup> Legge 14 febbraio 2006, n. 55; vedine la presentazione da parte di P. VITUCCI, ●●, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 447 ss.; *amplius* G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 6<sup>a</sup> ediz., 2013, p. 210 ss.; per un'analisi comparativa P. KINDLER, *Neue Gestaltungsmöglichkeiten im italienischen Unternehmenserbrecht: der Familienvertrag ("patto di famiglia")*, in *FamRZ*, 2007, p. 954 ss.

<sup>36</sup> G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 6<sup>a</sup> ediz., 2013, p. 210-211.

<sup>37</sup> P. KINDLER, *cit.*, p. 961; *amplius* sui modelli contrattuali A. STEINER, *Die lebzeitige Vermögensübertragung*, in K. M. GROLL (a cura di), *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, 3<sup>a</sup> ediz., 2010, p. 44 ss.

### III. La successione dell'imprenditore individuale.

In base al codice civile tedesco l'erede è responsabile per i debiti ereditari (§ 1967 BGB). Il codice di commercio disciplina una responsabilità autonoma dell'erede per i debiti contratti nell'impresa commerciale del *de cuius* (§ 27 HGB).<sup>38</sup> In caso di continuazione dell'impresa, il diritto commerciale, a tale riguardo, esclude la facoltà concessa dal diritto successorio comune di limitare la responsabilità dell'erede all'asse ereditario, cioè di sottrarre il patrimonio restante dell'erede a tale responsabilità.

Il *de cuius* può evitare questa responsabilità dei suoi eredi per i debiti dell'impresa se opta per l'applicazione di una *lex successionis* straniera cioè la sua *lex patriae* come previsto dall'art. 22 del Regolamento? Mi pare di no: l'art. 30 del Regolamento disciplina la situazione in cui la legge dello Stato in cui è situata un'impresa contiene norme speciali che, per ragioni di carattere economico, familiare o sociale, impongono restrizioni alla successione di imprese. Sono equiparate le norme che, in generale, „influiscono sulla successione“ relativamente all'impresa (<sup>39</sup>). Si può di certo ritenere che il regime della responsabilità influisce sulla successione e che ci sia una ragione economica – cioè di tutelare i creditori dell'impresa – alla base di tale regime. Secondo l'art. 30 del Regolamento tali norme speciali si applicano alla successione purché, in base alla legge di tale Stato, esse si applichino indipendentemente dalla legge che regola la successione. Questa soluzione è stata adottata di recente anche dalla Corte Federale di Giustizia (<sup>40</sup>).

#### 1. Il punto di partenza: la responsabilità dell'erede in base al diritto successorio comune

Con l'apertura della successione l'impresa si trasferisce all'erede o agli eredi dell'imprenditore individuale, cioè più precisamente i beni facenti capo all'impresa quali i beni corporali (merci, macchine, beni immobili ecc.), i crediti

---

<sup>38</sup> Per i particolari vedasi P. KINDLER, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, 7<sup>a</sup> ediz., Monaco di Baviera, 2014, § 5 n. 52 ss.

<sup>39</sup> Considerando n. 54 al Regolamento UE n. 650/2012.

<sup>40</sup> *Bundesgerichtshof*, sentenza del 23 ottobre 2013, in *NZG*, 2014, p. 511 pt. 13; P. KINDLER, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 11, 6<sup>a</sup> ediz., 2015, annotaz. 259-262; per la legge applicabile al credito invece R. FREITAG, *Die Rom-Verordnungen und die §§25–28 HGB - Revolution des Sachrechts durch Evolution des Kollisionsrechts*, in *ZHR* 174 (2010), p. 429 ss.

e gli altri diritti (§ 1922 co. 1 *BGB*). Inoltre l'erede subentra anche nelle posizioni passive del *de cuius* e risponde dei suoi debiti, non solo di quelli attinenti all'impresa soggetta alla successione ma anche dei debiti privati dell'imprenditore defunto (§§ 1922 co. 1 e 1967 *BGB*). Il modo più radicale per evitare tale responsabilità è di rinunciare all'eredità *in toto* (§§ 1942 co. 1 e 1953 *BGB*). In questo caso il soggetto chiamato all'eredità non diventa titolare dell'impresa che fa parte dell'asse ereditario e, di conseguenza, non è neanche responsabile in base al diritto commerciale (§ 27 *HGB*). Evidentemente il chiamato non risponde neanche per i debiti contratti nell'impresa commerciale del *de cuius* se ha rinunciato all'eredità *in toto*. L'effetto della rinuncia è che chi rinuncia all'eredità è considerato come se non avesse mai acquistato l'eredità (§ 1953 co. 1 *BGB*)<sup>(41)</sup>.

Altri strumenti previsti dal diritto comune e meno incisivi della rinuncia *in toto* comportano la limitazione della responsabilità al patrimonio oggetto della successione. In base al § 1975 *BGB* la responsabilità dell'erede per i debiti ereditari si limita all'asse ereditario in caso di amministrazione dell'eredità (*Nachlassverwaltung*), istituto paragonabile alla separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede (artt. 512 ss. cc.) o di una procedura d'insolvenza successoria (*Nachlassinsolvenzverfahren*, §§ 315 ss. *InsO*)<sup>(42)</sup>. In difetto di ciò, all'erede può spettare l'eccezione di incapienza (*Dürftigkeitseinrede*) ai sensi del § 1990 co. 1 *BGB*. In base a questa norma l'erede può rifiutarsi di soddisfare un creditore ereditario nella misura in cui l'asse ereditario non è sufficiente, qualora l'istituzione di un'amministrazione dell'asse ereditario o l'apertura della procedura d'insolvenza dell'asse ereditario non sia fattibile per mancanza di massa corrispondente alle spese. Né l'amministrazione dell'eredità né la procedura d'insolvenza successoria comporta però il venir meno della responsabilità ex § 27 co. 1 *HGB*.

## 2. La responsabilità dell'erede in base al diritto commerciale

---

<sup>41</sup> A differenza da quanto disposto dal diritto tedesco la rinuncia all'eredità del diritto italiano (artt. 519 ss. c. c.) non comporta la perdita della qualità di erede già acquistato bensì della facoltà di accettare l'eredità. Chi rinuncia non fa più parte del cerchio dei chiamati all'eredità. Più di una rinuncia ad una eredità già acquistata mi sembra pertanto il rifiuto della chiamata; v. P. KINDLER, *Einführung in das italienische Recht*, 2<sup>a</sup> ediz., 2008, § 13 annotaz. 3.

<sup>42</sup> Per una introduzione al diritto fallimentare tedesco v. P. KINDLER, *La procedura concorsuale unitaria (Insolvenzverfahren) nel diritto tedesco*, in F. VASSALLI-F. P. LUISSO-E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, vol. V, *Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato*, Torino, 2014, p.194 ss.

A tutela dei creditori il § 27 HGB esclude una limitazione all'asse ereditario della responsabilità dell'erede per i debiti commerciali del titolare defunto. Il diritto commerciale stabilisce una fattispecie di responsabilità autonoma, di carattere speciale rispetto al regime comune (<sup>43</sup>). La norma corrisponde all'art. 2560 c.c. in tema di debiti relativi all'azienda ceduta, con la differenza che si estende anche all'acquisto *mortis causa*.

La responsabilità *ex* § 27 HGB presuppone anzitutto che l'impresa commerciale faccia parte dell'asse ereditario. Solo in questo caso l'impresa, con la morte del titolare, si trasferisce all'erede come disposto dal diritto successorio comune (§ 1922 BGB).

E' l'erede del titolare dell'impresa commerciale a rispondere. Come già anticipato, il chiamato può peraltro evitare di diventare erede del defunto rifiutando *in toto* la successione. Infatti, il § 1953 co. 1 BGB dispone che, in seguito alla rinuncia, il soggetto non abbia mai acquistato la qualità di erede. Per evitare la responsabilità *ex* § 27 HGB il chiamato si può avvalere della facoltà di rinunciare alla successione entro un termine di sei settimane dalla conoscenza dell'apertura della successione (§ 1944 BGB). Con la rinuncia, tuttavia, il chiamato non diventa neanche erede rispetto agli altri beni facenti parte dell'asse ereditario, cioè rispetto ai beni non rientranti nell'impresa del defunto, quali ad es. la sua bella villa sul lago di Garda, la sua collezione di macchine d'epoca ecc.

Esiste tuttavia uno strumento con conseguenze meno drastiche della rinuncia *in toto* all'eredità per evitare la responsabilità *ex* § 27 HGB. La norma presuppone la continuazione dell'impresa commerciale. Di conseguenza l'erede che non continua l'impresa si può avvalere delle varie facoltà previste, e sopra ricordate, dal diritto successorio comune per limitare la responsabilità per i debiti ereditari (amministrazione successoria, procedura d'insolvenza, eccezione di incapacità dell'asse ereditario).

La responsabilità *ex* § 27 HGB presuppone inoltre che l'impresa sia continuata *usando la stessa ditta* che aveva usato il *de cuius*, esattamente come nel caso

---

<sup>43</sup> Amplius P. KINDLER-D. GUBITZ, *Erbrecht und Unternehmensnachfolge*; in R. HAUSMANN-G. HOHLOCH (a cura di), *Handbuch des Erbrechts*, 2<sup>a</sup> ediz., 2010, Capitolo 22.

della responsabilità in seguito ad un acquisto *inter vivos* dell'impresa<sup>(44)</sup>. Infatti non c'è la responsabilità per il mero fatto della continuazione dell'impresa, il che è confermato anche dalla collocazione sistematica della norma nella sezione del codice di commercio dedicata appunto alla ditta (§§ 17-37 *HGB*). C'è continuazione dell'impresa ai sensi del § 27 *HGB* se l'impresa viene continuata senza modificazioni, il che presuppone anche la continuazione della ditta<sup>(45)</sup>. Modificazioni rilevanti al fine di evitare la responsabilità sarebbero, ad esempio, quelle riguardanti il cognome del titolare<sup>(46)</sup>.

Non si evita invece la responsabilità semplicemente attraverso la nomina di un institore o altro procuratore perchè le dichiarazioni fatte da questo soggetto vengono imputate al soggetto rappresentato, cioè nel nostro caso all'erede (§ 164 co. 1 *BGB*)<sup>(47)</sup>. Le cose stanno diversamente nel caso della nomina di un esecutore testamentario da parte del defunto. A differenza dal diritto italiano, il *BGB* conosce l'esecuzione testamentaria anche a lunga durata (*Dauervollstreckung*; §§ 2197 ss. *BGB*)<sup>(48)</sup>. Siccome l'esecutore testamentario non è considerato un rappresentante dell'erede bensì titolare di un ufficio privato<sup>(49)</sup>, l'impresa non viene continuata dall'erede ai sensi del § 27 *HGB* e non si ha nessuna responsabilità in base a questa norma. Poiché l'esecutore testamentario non può contrarre debiti a carico dell'erede bensì soltanto a carico dell'asse ereditario (§ 2206 co. 1 frase 1 *BGB*), è esclusa la continuazione dell'impresa da parte dell'esecutore testamentario come tale. Infatti una tale soluzione porterebbe ad un'impresa individuale a responsabilità limitata, un

---

<sup>44</sup> F. REUSCHLE, in C. T. EBENROTH- K. BOUJONG-D. JOOST-L. STROHN (a cura di), *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 3<sup>a</sup> ediz., 2014, § 27 annotaz. 13.

<sup>45</sup> F. REUSCHLE, in C. T. EBENROTH- K. BOUJONG-D. JOOST-L. STROHN (a cura di), *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 3<sup>a</sup> ediz., 2014, § 27 annotaz. 10.

<sup>46</sup> F. REUSCHLE, in C. T. EBENROTH- K. BOUJONG-D. JOOST-L. STROHN (a cura di), *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 3<sup>a</sup> ediz., 2014, § 25 annotaz. 54.

<sup>47</sup> F. REUSCHLE, in C. T. EBENROTH- K. BOUJONG-D. JOOST-L. STROHN (a cura di), *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 3<sup>a</sup> ediz., 2014, § 27 annotaz. 11; per la rappresentanza commerciale nei rapporti contrattuali v. H. J. SONNENBERGER, *La conclusione del contratto secondo il diritto tedesco*, 1991, p. 173 ss.

<sup>48</sup> In diritto italiano l'esecutore testamentario può essere nominato soltanto per una durata massima di un anno: art. 703 c.c.; la norma si spiega con il compito dell'esecutore testamentario di attuare puntualmente le disposizioni testamentarie, v. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 6<sup>a</sup> ediz., 2013, p. 408.

<sup>49</sup> *Bundesgerichtshof*, sentenza del 3 ottobre 1957, in *BGHZ*, 25 (1958), p. 275, 279 s., anche in *NJW*, 1957, p. 1834 („freie Stellung des Testamentsvollstreckers“); cfr. G. BONILINI, *op. cit.*, p. ●● ss.



tipo di impresa non previsto dal diritto tedesco <sup>(50)</sup>. Nella prassi si ricorre a delle soluzioni negoziali, cioè la gestione dell'impresa non da parte dell'esecutore testamentario in questa veste ma come fiduciario (*Treuhänder*) o procuratore (*Bevollmächtigter*) dell'erede <sup>(51)</sup>.

Sono infine da prendere in considerazione due ulteriori strumenti che il diritto commerciale mette a disposizione dell'erede che intende evitare la responsabilità per i debiti contratti nell'impresa commerciale del defunto. Dispone, da una parte, il § 27 co. 2 *HGB* che non c'è la responsabilità illimitata per i debiti contratti nell'impresa commerciale del defunto se, entro tre mesi dalla conoscenza dell'apertura della successione, l'erede cessa l'attività imprenditoriale oggetto della successione. L'erede ha tre mesi di tempo per riflettere sull'opportunità o meno di una tale decisione. Come cessazione va peraltro inteso l'inizio della liquidazione, non già il completamento della medesima <sup>(52)</sup>.

L'altro strumento più conveniente è senz'altro quello dell'iscrizione, senza indugio (*unverzüglich*), nel registro delle imprese di un'esclusione della responsabilità (*Haftungsausschluss*), come previsto dal combinato disposto dei §§ 27 co. 1 e 25 co. 2 *HGB* <sup>(53)</sup>. Tale facoltà a disposizione del debitore è, a livello di politica del diritto, l'argomento più forte per la soppressione della responsabilità dell'acquirente di un'impresa individuale per i debiti preesistenti, anche per quanto riguarda il trasferimento *inter vivos*: Siccome la responsabilità è a disposizione del debitore (!), la *ratio* dell'istituto non può essere la tutela dei creditori ed altre ragioni per questo "*Zufallsgeschenk*" ai creditori non si vedono <sup>(54)</sup>. ...

---

<sup>50</sup> *Bundesgerichtshof*, sentenza del 27 marzo 1961, in *BGHZ*, 35 (1961), p. 13, 17 s., anche in *NJW*, 1961, p. 1304.

<sup>51</sup> P. KINDLER, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, 7<sup>a</sup> ediz., 2014, § 5 annotaz. ●● ss.

<sup>52</sup> VOSSLER, in H. Oetker (a cura di), *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 3<sup>a</sup> ediz., 2013, § 27 *HGB* annotaz. 20.

<sup>53</sup> È questo il punto di vista della dottrina dominante: I. KOLLER-P. KINDLER-W.-H. ROTH-W. MORCK, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 8<sup>a</sup> ediz., 2015, § 27 *HGB* annotaz. 8; P. KINDLER, *Grundkurs, cit.*, § 5 annotaz. 60; contra K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, 2014, § 8 annotaz. 147.

<sup>54</sup> Per l'abolizione infatti C. W. CANARIS, *Handelsrecht*, 24<sup>a</sup> ediz., 2006, p. ●● ss.

## IV. La successione del socio di una società di persone <sup>(55)</sup>

### 1. Le conseguenze per la società dell'apertura della successione di un socio

Se il contratto sociale non dispone diversamente, la morte del socio di una società semplice comporta lo scioglimento della società ex § 727 BGB. La regola si basa sull'*intuitus personae* <sup>(56)</sup>. Questa disposizione si trova in netto contrasto con gli artt. 2272 e 2284 c.c., secondo cui la società semplice non si scioglie con la morte di un socio. Mi sembra questa la soluzione più in sintonia con la presunta volontà dei soci, come dimostra tra l'altro il fatto che, nella prassi, i contratti di società semplice di regola dispongono la continuazione della società in caso di morte di un socio. Inoltre, nella realtà economica tedesca, anche la società semplice spesso gestisce un'impresa, come nei casi della *GbR* tra liberi professionisti o della *GbR* che gestisce una piccola impresa commerciale (§§ 1 co. 2, 2 e 105 co. 2 *HGB*) <sup>(57)</sup>.

Non si sciolgono invece le società commerciali di persone (*Personenhandelsgesellschaft*), cioè la società in nome collettivo (OHG) e la società in accomandita semplice (KG). Il § 131 co. 3 frase 1 n. 1 *HGB* dispone infatti, nell'interesse della continuità dell'impresa, che la morte del socio non comporta lo scioglimento della società bensì soltanto l'uscita del socio defunto. La norma è stata inserita con la riforma del codice di commercio del 1998 <sup>(58)</sup> e si basa, tra l'altro, sulla già ricordata raccomandazione delle Comunità Europee del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese <sup>(59)</sup>. Cessa la partecipazione del socio defunto, e il diritto alla liquidazione che nasce con la l'apertura della successione (combinato disposto del § 738 co. 1 frase 2 *BGB* con il § 105 co. 3 *HGB*) si trasferisce agli eredi in base alla norma generale sugli

---

<sup>55</sup> P. KINDLER, *Grundkurs cit.*, § 12 annotaz. 21 ss.; più dettagliatamente P. KINDLER-D. GUBITZ, *Erbrecht und Unternehmensnachfolge*, in R. HAUSMANN-G. HOHLOCH (a cura di), *Handbuch des Erbrechts*, 2<sup>a</sup> ediz., 2010, Capitolo 22.

<sup>56</sup> C. SCHÄFER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6a ediz., 2013, § 727 annotaz. 1 („höchstpersönliche Natur der Gesellschafterstellung“).

<sup>57</sup> Cfr. H.-J. PRIESTER, *Handelsrechtsreformgesetz - Schwerpunkte aus notarieller Sicht*, in *DNotZ*, 1998, p. 691 ss., 700 ss.

<sup>58</sup> V. sulla riforma in generale K. SCHMIDT, *Il Codice Commerciale Tedesco: Dal Declino alla Ri-Codificazione (Riflessioni sulla Riforma del HGB)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 711 ss.

<sup>59</sup> Raccomandazione 94/1069/CE della Commissione, del 7 dicembre 1994, sulla successione nelle piccole e medie imprese (Testo rilevante ai fini del SEE), in *Gazzetta ufficiale* n. L 385 del 31/12/1994, pag. 14 - 17; anche in NICOLA CANESSA, *Family governance: la continuità dell'impresa. Il passaggio generazionale*, 2006, p. 271 ss; v. R. LORZ, in C. T. EBENROTH- K. BOUJONG-D. JOOST-L. STROHN (a cura di), *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 3<sup>a</sup> ediz., 2014, § 131 annotaz. 3.

effetti della successione (§ 1922 co. 1 BGB). La società stessa continua con i soci restanti; non è necessaria una clausola contrattuale per la continuazione della società (*Fortsetzungsklausel*) come invece nel caso di una società semplice<sup>(60)</sup>. Il diritto alla liquidazione della quota può essere escluso dal contratto sociale, con il conseguente accrescimento delle quote dei soci restanti. Una tale clausola è problematica sotto il profilo del diritto delle successioni perchè chiama all'eredità i soci restanti<sup>(61)</sup>, ma a livello di diritto societario è senz'altro valida<sup>(62)</sup>.

## 2. Clausola di continuazione (*Fortsetzungsklausel*)

Nella maggior parte dei casi lo scioglimento della società semplice non corrisponde agli interessi dei soci. È questa la ragione per cui nei contratti di società semplice spesso si trova una clausola di continuazione (*Fortsetzungsklausel*) che dispone che, in caso di morte di un socio, la società continua fra gli altri soci (§ 736 BGB). In questo caso gli eredi hanno diritto alla liquidazione della quota del socio defunto (§§ 1922, 2032, 738 co. 1 frase 2 BGB), come disposto anche dall'art. 2284 c.c.<sup>(63)</sup>. Non si tratta di una vera e propria clausola di predisposizione successoria. La clausola di continuazione non è destinata a regolare le sorti della partecipazione del socio defunto<sup>(64)</sup>, bensì le sorti della società stessa.

## 3. Clausola di subentro (*Eintrittsklausel*)

Il contratto sociale di una società di persone (GbR, OHG, KG) può disporre che in seguito alla morte di un socio la società continua con un successore del defunto. Si distinguono fondamentalmente due tipi di clausole. Con una clausola di successione (*Nachfolgeklausel*) – v. *infra sub 4* – la quota stessa diventa ereditabile e non si trasforma in un mero diritto al suo controvalore

---

<sup>60</sup> P. P. KINDLER, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, 7<sup>a</sup> ediz., 2014, § 12 n. 2; v. la critica più che giustificata riguardo allo scioglimento automatico della società semplice (§ 727 BGB) da parte di K. SCHMIDT, *Fünf Jahre neues Handelsrecht*, in *JZ*, 2003, p. 585 ss., 594.

<sup>61</sup> C. SCHÄFER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6a ediz., 2013, § 727 annotaz. 45; § 738 annotaz. 61.

<sup>62</sup> *Bundesgerichtshof*, sentenza del 14 maggio 1986, in *BGHZ*, 98 (1986), p. 48, 56, anche in *NJW*, 1986, p. 2431; *Bundesgerichtshof*, sentenza del 14 febbraio 2012, in *NZG*, 2012, p. 385 pt. 18.

<sup>63</sup> Vedi P. KINDLER, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, 7<sup>a</sup> ediz., 2014, § 12n. 3, 10, 21; *amplius* l'indagine comparativa di M. KLEISER, *Der Tod des Gesellschafters im italienischen Recht*, 1993.

<sup>64</sup> In questo senso la definizione della clausola di predisposizione successoria fornita da A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il trasferimento mortis causa delle quote*, in A.A. DOLMETTA-G. PRESTI (a cura di), *s.r.l. commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, 2011, sub art. 2469 cc., n. B 4, p. 332.

economico <sup>(65)</sup>. Con, invece, una clausola di subentro (*Eintrittsklausel*) la quota si estingue e non si trasferisce *mortis causa* all'erede. Come nel caso di una clausola di continuazione, la società continua fra i soci superstiti. Inoltre, i soggetti indicati nella clausola hanno il diritto di subentrare – con atto *inter vivos* – nella posizione del socio defunto. I beneficiari di una tale clausola contrattuale non devono necessariamente essere gli eredi del socio defunto <sup>(66)</sup>. Con la clausola di subentro si crea l'obbligo dei soci superstiti di concludere un accordo di adesione (*Aufnahmevertrag*) con il soggetto indicato nella clausola. In quest'ottica il contratto sociale è un contratto a favori di terzi (§§ 328 co. 1 e 331 co. 1 *BGB*) <sup>(67)</sup>. Agli eredi non beneficiari della clausola di subentro spetta un mero diritto alla liquidazione della quota (§ 738 *BGB*; §§ 105 co. 3 e 161 co. 2 *HGB*).

#### **4. Clausola di successione (*Nachfolgeklausel*)**

Se il contratto sociale contiene una clausola di successione (*Nachfolgeklausel*), l'erede diventa socio attraverso la successione *mortis causa*. La quota in questo caso è un bene ereditabile <sup>(68)</sup>. La differenza rispetto alla clausola di subentro sta nel fatto che il beneficiario di una clausola di successione non acquisisce soltanto un diritto obbligatorio alla conclusione di un accordo di adesione, bensì acquista la quota immediatamente *iuris successionis*. A differenza dall'acquisto *inter vivos* in base ad una clausola di subentro, nel caso di un acquisto *mortis causa* nascono problemi spinosi collegati alla normativa sulla comunione di coeredi (§§ 2032 ss. *BGB*, *Erbengemeinschaft*). Questi problemi sono collegati al regime della responsabilità e delle delibere della comunione dei coeredi che si discosta da quello delle società di persone. Per questa ragione la comunione dei coeredi (*Gesamthandsgemeinschaft*, §§ 2032 e 2033 *BGB*) non è dotata di soggettività giuridica e non diventa socio al posto del socio defunto.

---

<sup>65</sup> Vedi P. KINDLER, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, 7<sup>a</sup> ediz., 2014, § 12 annotaz. 25 ss.

<sup>66</sup> C. SCHÄFER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6<sup>a</sup> ediz., 2013, § 727 annotaz. 53; *amplius* C. SCHÄFER, in STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 5<sup>a</sup> ediz., 2009, § 139 annotaz. 142 ss.

<sup>67</sup> C. SCHÄFER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6<sup>a</sup> ediz., 2013, § 727 annotaz. 57.

<sup>68</sup> V. U. HÜFFER-J. KOCH, *Gesellschaftsrecht*, 7a ediz., 2011, § 22 annotaz. 6 s.

Infatti, la responsabilità limitata del singolo coerede fino alla divisione (§ 2059 *BGB*) sarebbe inconciliabile con la responsabilità illimitata del socio nella società di persone (§ 128 *HGB*). Altre contraddizioni fra diritto successorio e diritto societario nascerebbero dal principio dell'unanimità per l'assunzione di decisioni nella comunione dei coeredi (§ 2038 co. 1 *BGB*)<sup>(69)</sup>, dalla facoltà del coerede di alienare la sua porzione (§ 2033 co. 1 *BGB*)<sup>(70)</sup> e dalla facoltà di domandare la divisione (§ 2042 *BGB*)<sup>(71)</sup>. Sono, invece, i singoli coeredi a divenire titolari della quota di partecipazione del defunto attraverso una successione particolare (*Sondererbfolge*). Di conseguenza il singolo coerede diventa socio con una quota corrispondente alla sua quota ereditaria.

**Esempio:** I signori Schön, Treu e Schnell sono soci di una società semplice di diritto tedesco, la "Juristische Übersetzungen Schön, Treu und Schnell GbR" – con una quota di un terzo ciascuno. Il contratto sociale contiene una clausola di successione (semplice) secondo cui la società continua con *tutti* gli eredi del socio defunto. Muore il socio Schön. Sono eredi la moglie Frieda, la figlia Theresa e il figlio Siegfried in parti uguali. Questi tre eredi diventano soci della società semplice attraverso una successione particolare, e la loro quota è di un nono (1/9) ciascuno.

Si distinguono inoltre la clausola di successione semplice e la clausola di successione qualificata. Nel caso di una clausola di successione semplice (*einfache Nachfolgeklause*) la società continua con *tutti* gli eredi del socio defunto, proprio come nell'esempio appena riportato. Raramente una tale soluzione corrisponde alla volontà di tutti i soci restanti.

Nel caso di una clausola di successione qualificata (*qualifizierte Nachfolgeklause*) il contratto sociale dispone che solo uno o alcuni degli eredi diventano soci. Con una tale clausola si evita che con la ripartizione della quota del socio defunto – come nell'esempio della società semplice dei signori *Reich, Schön* e *Wichtig* – aumenti il numero dei soci, e inoltre che diventino soci dei potenziali eredi considerati inidonei per mancanza di spirito imprenditoriale

---

<sup>69</sup> Nella *OHG* decide la maggioranza dei soci, § 119 *HGB*.

<sup>70</sup> Dispone il § 717 *BGB* che la quota in una società di persone non può essere trasferita senza il consenso degli altri soci. La norma si applica alla *GbR*, alla *OHG* (§ 105 co. 3 *HGB*) e alla *KG* (§ 161 co. 2 *HGB*).

<sup>71</sup> Lo scioglimento della società commerciale di persone avviene (§ 131 co. 1 *HGB*) per il decorso del termine, per volontà dei soci, per l'apertura della procedura d'insolvenza, per decisione del giudice.

(<sup>72</sup>). Sono problematici i casi in cui il socio defunto non abbia lasciato una disposizione di ultima volontà il cui contenuto corrisponda alla clausola di successione qualificata del contratto sociale.

**Esempio:** I signori Reich, Schön e Wichtig sono soci con una quota di un terzo ciascuno della „RSW Autovetture usate-OHG“. Il contratto sociale prevede che in caso di morte di un socio la società continua con il figlio più giovane del socio defunto. Muore il socio Reich, lasciando una moglie e due figli. Non si trovano un testamento e neanche una convenzione matrimoniale. Pertanto ai figli spetta una quota ereditaria di 1/4 per ciascuno, alla moglie una quota ereditaria della metà del patrimonio ereditario (§§ 1371, 1924, 1931 BGB).

Secondo il diritto successorio, in mancanza di una disposizione di ultima volontà, la moglie e i due figli di Reich gli succedono come soci (§§ 1922, 2032 BGB). Tuttavia, la giurisprudenza e la dottrina dominante hanno trovato una soluzione diversa per questo tipo di situazione che salvaguarda la volontà dei soci come espressa nella clausola di successione qualificata. Vigè il primato del diritto societario, proprio come auspicato dalla Commissione Europea nella sua comunicazione del 1998.

Per realizzare tale primato, attraverso una successione particolare diventa socio solo l'erede indicato nella clausola di successione qualificata (<sup>73</sup>), nell'esempio quindi solo il figlio più giovane dei due figli di Reich. Inoltre la quota del socio subentrante non è così ridotta alla quota ereditaria (cioè ad un quarto) (<sup>74</sup>). Per evitare che all'erede indicato nella clausola di successione qualificata spetti alla fine più di quanto previsto dal diritto successorio, gli altri eredi – nel nostro esempio la moglie e il figlio maggiore di Reich – hanno diritto ad un'indennità (*Ausgleichsanspruch*) nei confronti del figlio che diventa socio. L'ammontare di tale indennità corrisponde alla differenza fra il valore della

---

<sup>72</sup> Esempio di una successione problematica è il romanzo di THOMAS MANN, *I Buddenbrook. Decadenza di una famiglia* (*Buddenbrooks. Verfall einer Familie*), 1901, con l'antagonismo fra i fratelli Thomas e Christian Buddenbrook.

<sup>73</sup> C. SCHÄFER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6<sup>a</sup> ediz., 2013, § 727 annotaz. 44.

<sup>74</sup> V. *Bundesgerichtshof*, sentenza del 10 febbraio 1977, in *BGHZ*, 68 (1977), p. 225, anche in *JZ*, 1977, p. 685 con nota adesiva di H. WIEDEMANN.

quota sociale e il valore della quota ereditaria dell'erede che diventa socio (<sup>75</sup>). Nel nostro esempio, se il valore della quota sociale è di 1.000.000 €, il figlio più giovane deve 500.000 € alla madre e 250.000 € al fratello maggiore.

## 5. Responsabilità illimitata del socio subentrante

Per quanto riguarda la responsabilità del socio subentrante per i debiti sociali, bisogna distinguere fra i debiti che nascono dal momento dell'acquisto della posizione di socio in poi (*Neuverbindlichkeiten*) e i debiti preesistenti, nati prima di quella data (*Altverbindlichkeiten*).

La prima categoria di debiti è oggetto della responsabilità illimitata del socio di una società semplice, di una società in nome collettivo e del socio accomandatario nella società in accomandita semplice (§§ 128, 129, 161 co. 2 HGB) (<sup>76</sup>). Questa responsabilità è derogabile solo con un accordo con il creditore, non con una clausola del contratto sociale (§ 128 frase 2 HGB) e men che meno con una clausola testamentaria. Questi principi sono presenti anche nel diritto societario italiano (artt. 2267, 2304, 2315 c.c.).

La seconda categoria di debiti è oggetto della responsabilità illimitata ex § 130 co. 1 HGB (<sup>77</sup>). La norma non è derogabile nel contratto sociale perchè mira alla protezione dei creditori sociali. L'equivalente in diritto italiano si trova negli artt. 2269, 2293, 2315 c.c.

Anche alla luce di questa responsabilità l'erede valuterà l'opportunità di rinunciare all'eredità o di trasformare la sua partecipazione in una partecipazione come socio accomandante (v. *infra*, sub 6).

## 6. Modifica della posizione dell'erede in socio accomandante

---

<sup>75</sup> *Bundesgerichtshof*, sentenza del 22 novembre 1956, in BGHZ, 22 (1957), p. 186, 196 s., anche in NJW, 1957, p. 180; C. SCHÄFER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6<sup>a</sup> ediz., 2013, § 727 annotaz. 45.

<sup>76</sup> Per i particolari v. P. KINDLER, *Grundkurs*, cit., § 10 annotaz. 90 ss.

<sup>77</sup> La norma si applica anche in caso di acquisto della quota sociale nella successione a causa di morte: *Bundesgerichtshof*, sentenza del 17 dicembre 2013, in NZG, 2014, p. 696, pt. 7.

In base al diritto successorio comune l'erede che diventa socio di una *OHG* deve rinunciare all'eredità *in toto* se vuole evitare la responsabilità illimitata per i debiti sociali ex § 128 HGB (§§ 1942 ss. *BGB*). Il diritto successorio dell'impresa risparmia all'erede gli inconvenienti di una rinuncia *in toto* all'eredità e gli concede la facoltà di trasformare la quota in una partecipazione come socio accomandante che risponde limitatamente alla quota ereditata (§ 139 HGB). Se gli altri soci non acconsentono a questa soluzione l'erede può chiedere di uscire con effetto immediato dalla società e in questo caso gli spetta la liquidazione della quota ereditata (<sup>78</sup>). La dottrina dominante è dell'avviso che questa norma trovi applicazione in via analogica anche nel caso della successione di un socio di una società semplice (<sup>79</sup>). La trasformazione di una società semplice (GbR) in una società in accomandita semplice (KG) richiede ovviamente che la società venga iscritta nel registro delle imprese e che lo scopo della società sia l'esercizio di un'impresa commerciale o l'amministrazione del proprio patrimonio (§ 105 co. 1 e 2, § 161 co. 2 HGB) (<sup>80</sup>).

## V. La successione del socio di una società di capitali

### 1. Ereditabilità dell'azione (*Aktie*) e della quota (*Geschäftsanteil*)

Già da subito vediamo una differenza fondamentale rispetto alle società di persone. In mancanza di un *intuitus personae* nelle società di capitali, *ex lege* le azioni o quote di tali società – *AG*, *GmbH* – sono trasferibili per successione a causa di morte (§ 69 co. 3 AktG, § 15 co. 1 GmbHG) (<sup>81</sup>), e questa loro qualità non può essere esclusa dallo statuto. Diversamente da quanto previsto dal diritto italiano (artt. 2469 co. 1 e 2355-*bis* co. 3 c.c.), non c'è spazio per l'autonomia statutaria dei soci a tale riguardo. L'azione o la quota fa sempre parte dell'asse ereditario (<sup>82</sup>). Di conseguenza, una clausola di gradimento (*Vinkulierungsklausel*), in base alla quale il trasferimento è appunto

---

<sup>78</sup> Bayerisches Oberstes Landesgericht, ordinanza del 29 gennaio 2003, in *NZG*, 2003, p. 476.

<sup>79</sup> Bundesgerichtshof, sentenza del 17 dicembre 2013, in *NZG*, 2014, p. 696, pt. 9-10.

<sup>80</sup> C. SCHÄFER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6<sup>a</sup> ediz. 2013, § 727 annotaz. 46 ss.

<sup>81</sup> D. LEIPOLD, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6<sup>a</sup> ediz. 2013, § 1922 *BGB* annotaz. 43; per i particolari vedasi P. KINDLER- D. GUBITZ, in R. HAUSMANN-G. HOHLOCH (a cura di), ●●, Capitolo 22 n. 228 ss.

<sup>82</sup> D. LEIPOLD, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6<sup>a</sup> ediz. 2013, § 1922 *BGB* annotaz. 43.



subordinato al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi (§ 15 co. 5 *GmbHG*, § 68 co. 2 *AktG*) non comprende il trasferimento *mortis causa* proprio per salvaguardare il principio secondo cui l'ereditabilità come tale non può essere esclusa<sup>(83)</sup>. Una differenza fondamentale rispetto al diritto italiano sta nell'estensione di tali clausole al trasferimento della partecipazione al legatario. Come esposto sopra (*sub* II 4), in diritto tedesco il legato non comporta il trasferimento del bene a causa di morte bensì solo un diritto obbligatorio del legatario nei confronti dell'erede al trasferimento con atto tra vivi. Per questa ragione la clausola di mero gradimento si applica anche al negozio di adempimento di un legato<sup>(84)</sup>.

Per quanto riguarda le altre clausole statutarie riferite alla morte del socio, la piccola società di capitali (*GmbH*) concede più spazi all'autonomia dei soci rispetto alla grande società (*AG*). Infatti, solo nella società per azioni tedesca ogni deroga alle norme della relativa legge deve essere ammessa espressamente dalla legge (§ 23 co. 5 *AktG* - *Prinzip der Satzungsstrenge*)<sup>(85)</sup>.

## 2. La comunione di coeredi

Nelle società di capitali l'azione o quota spetta alla comunione degli eredi (§§ 2032 ss. *BGB*)<sup>(86)</sup>. La situazione corrisponde a quella che nelle società di persone si verifica con una clausola di successione semplice (*einfache Nachfolgeklause*)<sup>(87)</sup> con l'unica differenza che diventa socio non il singolo erede bensì la comunione dotata di soggettività giuridica limitata. Ci sono dei requisiti particolari, tuttavia, per quanto riguarda la legittimazione dei nuovi soci nei confronti della società. Chi eredita delle azioni nominative non ha, da un lato, l'obbligo di comunicare l'acquisto alla società, ma nei confronti della

---

<sup>83</sup> P. KINDLER-D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 237; P. KINDLER, *Der Aktionär im toskanischen Lebensabend – Zum Kollisionsrecht der Testamentsgestaltung bei Auslandsdomizil unter der neuen EU-Erbverordnung*, in M. HABERSACK-HUBER-G. SPINDLER (a cura di), *Festschrift für Eberhard Stitz*, 2014, p. 345 ss.

<sup>84</sup> P. KINDLER-D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 237 ss.; per la *AG* v. W. BAYER, in *Münchener Kommentar zum AktG*, 2<sup>a</sup> ediz., 2008, § 68 *AktG* annotaz. 53; per la *GmbH* M. LÖBBE, P. ULMER-M. HABERSACK- M. LÖBBE (a cura di), *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 2<sup>a</sup> ediz., 2013, § 15 *GmbHG* annotaz. 21.

<sup>85</sup> P. KINDLER, *La s.p.a. nell'esperienza tedesca: i tratti essenziali della Aktiengesellschaft*, in ● CAGNASSO-● PANZANI (a cura di), *Le nuove s.p.a.*, volume primo, Bologna, 2013, pp. 415 ss.

<sup>86</sup> P. KINDLER-D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 231 ss.

<sup>87</sup> P. KINDLER-D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 231.

società solo una persona iscritta come azionista nel registro delle azioni (*Aktienregister*) è considerata tale <sup>(88)</sup>. Ne consegue che una comunione di coeredi, sebbene priva di personalità giuridica, può essere iscritta nel registro delle azioni <sup>(89)</sup>. La legge sulla *GmbH* contiene delle norme analoghe riferite all'elenco dei soci (*Gesellschafterliste*, § 16 GmbHG) <sup>(90)</sup>. Chi non è legittimato in questo senso non può esercitare i diritti propri del socio, quale il diritto di voto o il diritto ai dividendi ecc.

Nella *AG* l'esercizio dei diritti dell'azionista spettanti a più persone avviene tramite un rappresentante comune (§ 69 co. 1 *AktG*, *gemeinsamer Vertreter*) <sup>(91)</sup>. Anche nella *GmbH* è opportuna la nomina di un rappresentante comune: il § 18 co. 3 *GmbHG* dispone infatti che i diritti nascenti dalla quota possono essere esercitati solo in maniera uniforme <sup>(92)</sup>. Se è stato nominato un esecutore testamentario, questi rappresenta gli eredi. All'interno della cerchia degli eredi, la legge (§ 2040 *BGB*) richiede l'unanimità per l'alienazione o altri atti di disposizione della quota, mentre altre delibere, meno incisive, sulla gestione del bene oggetto della comunità dei coeredi vengono prese a maggioranza, calcolata in base alle quote ereditarie (§§ 2038 co. 2 e 745 co. 1 *BGB*) <sup>(93)</sup>.

### 3. Modelli contrattuali

#### a) Ritiro forzato di quote e azioni

La libera trasferibilità per successione a causa di morte di quote e azioni può comportare l'ingresso indesiderato di soggetti estranei nella società oppure una frammentazione della partecipazione. Siccome il diritto tedesco, a

---

<sup>88</sup> W.BAYER, in *Münchener Kommentar zum AktG*, 3<sup>a</sup> ediz. , 2008, § 67 *AktG* annotaz. 61 ss.

<sup>89</sup> W.BAYER, in *Münchener Kommentar zum AktG*, 3<sup>a</sup> ediz. , 2008, § 67, annotaz. 23; § 69 annotaz. 5; per i particolari v.P. KINDLER-D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 234 ss.

<sup>90</sup> P. KINDLER-D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 233.

<sup>91</sup> P. KINDLER-D. D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 234.

<sup>92</sup> P. KINDLER-D. D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 235.

<sup>93</sup> Ciò corrisponde al diritto italiano (Cass., 9 ottobre 2012, n° 17216) dove l'art. 1108 c.c., che richiede per le alienazioni il consenso di tutti i comproprietari, è espressione di una regola generale che si applica anche alla successione per causa di morte; cfr. l'art. 719 c.c.

differenza di quello italiano, non ammette clausole impeditive dei trasferimenti a causa di morte <sup>(94)</sup>, si ricorre a delle clausole statutarie che prendono nel mirino la partecipazione stessa che l'erede ha acquistato. Uno degli strumenti per evitare l'ingresso definitivo di estranei e/o la frammentazione della partecipazione è il ritiro forzato dell'azione/della quota (*Einziehung des Anteils*) dietro corrispettivo dopo l'apertura della successione (§§ 237 ss. *AktG*, 34 *GmbHG*) <sup>(95)</sup>. Una c.d. clausola di ritiro (*Einziehungsklausel*) comporta la continuazione della società con i soci restanti, esattamente come lo dispone la clausola di continuazione (*Fortsetzungsklausel*) nel diritto delle società di persone (*supra*, sub III 2). L'equivalente in diritto italiano è la clausola di consolidazione che prevede l'accrescimento della partecipazione del defunto a favore dei soci superstiti in proporzione alle rispettive quote <sup>(96)</sup>.

## **b) Obbligo di cessione (*Zwangsabtretung*)**

Lo statuto di una *GmbH* – a differenza di quello di una *AG* – può disporre che gli eredi siano obbligati a cedere la quota a terzi, singoli coeredi, altri soci o alla società stessa <sup>(97)</sup>. Queste clausole ricordano, oltre ai modelli italiani come le clausole di riscatto o di opzione <sup>(98)</sup>, il concetto del „patto d'impresa“ elaborato in Italia nel 1997 dalla Commissione di studio coordinata dai professori Antonio Masi e Pietro Rescigno in tema di „successione ereditaria nei beni produttivi“ <sup>(99)</sup>. Anche qui non siamo di fronte ad una clausola vera e propria di predisposizione successoria. La clausola non regola la sorte della

---

<sup>94</sup> Sulla funzione di tali clausole in diritto italiano v. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il trasferimento mortis causa delle quote*, in A.A. DOLMETTA-G. PRESTI (a cura di), *s.r.l. commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, 2011, sub art. 2469 cc., n. B ●●, p. ●● s.

<sup>95</sup> P. KINDLER- D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 239 ss.; v., a livello europeo, gli artt. 40 ss della Direttiva 2012/30/UE del 25 ottobre 2012 sul coordinamento delle garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'articolo 54, secondo paragrafo, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa (rifusione).

<sup>96</sup> A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il trasferimento mortis causa delle quote*, in A.A. DOLMETTA-G. PRESTI (a cura di), *s.r.l. commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, 2011, sub art. 2469 cc., n. B 29, p. 338.

<sup>97</sup> P. KINDLER- D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 251; RGZ 121, 294, 299; D. LEIPOLD, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6<sup>a</sup> ediz. , 2013, sub § 1922, annotaz. 44. Se la società stessa acquisisce la quota, i relativi diritti sono sospesi, v. ●●●, in GROLL (a cura di), *op. cit.*, B XI annotaz. 286.

<sup>98</sup> A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il trasferimento mortis causa delle quote*, in A.A. DOLMETTA-G. PRESTI (a cura di), *s.r.l. commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, 2011, sub art. 2469 cc., n. B 32 ss, p. 339 s.

<sup>99</sup> ● TASSINARI, ●●, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 808 s.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il trasferimento mortis causa delle quote*, in A.A. DOLMETTA-G. PRESTI (a cura di), *s.r.l. commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, 2011, sub art. 2469 cc., n. B 10, p. 333; S.KRATZER, *Die vorweggenommene Erbfolge in Deutschland und Italien*, 2009, p. 67.

partecipazione del socio alla sua morte. Un obbligo di cessione non pone condizioni o limiti che, nel caso concreto, impediscono il trasferimento *mortis causa* delle partecipazioni, né subordina tale trasferimento al mero gradimento o comporta l'intrasferibilità assoluta per causa di morte <sup>(100)</sup>. Un tale effetto della clausola sarebbe in contrasto con l'ereditabilità della quota in base alla norma cogente di cui al § 15 co. 1 *GmbHG*. Infatti la c.d. clausola di cessione forzata (*Zwangsbabtretungsklausel*) disciplina la sorte delle quote dopo la morte del titolare e il trasferimento agli eredi <sup>(101)</sup>.

Si consiglia di prevedere nello statuto un obbligo di cessione se i soci vogliono essere sicuri che la quota sarà assegnata alla persona da loro ritenuta idonea e non ad un qualsiasi soggetto designato dal testatore <sup>(102)</sup>. Ovviamente, all'erede, impossibilitato ad acquistare definitivamente la titolarità della partecipazione, spetta il controvalore della medesima e il cessionario gli dovrà un'indennità calcolata sulla base del valore commerciale della quota <sup>(103)</sup>.

### **c) Esclusione del socio**

L'esclusione del socio di s.r.l. (§§ 21 ss. *GmbHG*) <sup>(104)</sup> è normalmente uno strumento che si usa nei confronti del socio moroso che non esegue il conferimento dovuto nel termine prescritto <sup>(105)</sup>. L'istituto corrisponde all'esclusione del socio moroso come disciplinato dall'art. 2466 c.c. Per quanto riguarda le *GmbH*, è generalmente riconosciuto che lo statuto può disporre l'esclusione anche per altri casi in cui ci sia una giusta causa per tale misura <sup>(106)</sup>. Regolare la successione nella quota è considerata una giusta causa in questo senso <sup>(107)</sup>. Il vantaggio rispetto al ritiro della quota sta nel fatto che la

---

<sup>100</sup> Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il trasferimento mortis causa delle quote*, in A.A. DOLMETTA-G. PRESTI (a cura di), *s.r.l. commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, 2011, sub art. 2469 cc., n. B 20, p. 336.

<sup>101</sup> Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il trasferimento mortis causa delle quote*, in A.A. DOLMETTA-G. PRESTI (a cura di), *s.r.l. commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, 2011, sub art. 2469 cc., n. B 28, p. 338.

<sup>102</sup> P. KINDLER- D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 256.

<sup>103</sup> P. KINDLER- D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 259.

<sup>104</sup> Nella AG non è ammissibile l'esclusione del socio che ha acquistato la sua partecipazione a causa di morte, cfr. §§ 64, 23 co. 5 AktG; P. KINDLER- D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 263.

<sup>105</sup> P. KINDLER- D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 262.

<sup>106</sup> *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 21 GmbHG Annotaz. 2.

<sup>107</sup> *MünchHdbGesR/Jasper*, § 25 Bd. 3 Annotaz. 42.

quota non si estingue (<sup>108</sup>) e può essere assegnata ad un successore di gradimento dei soci restanti (<sup>109</sup>).

#### **d) Patti parasociali e altre soluzioni di carattere obbligatorio**

Nella AG non sono ammissibili clausole di cessione o di esclusione del socio, e i presupposti per il ritiro dell'azione oggetto di una successione a causa di morte sono più rigidi rispetto al ritiro della quota di s.r.l., soprattutto per quanto riguarda le formalità in tema di riduzione di capitale (§ 237 *AktG*; art. 40 co. 1 lett. d Direttiva 30/2012/UE). Per evitare l'ingresso di terzi estranei nella società e/o la frammentazione della partecipazione societaria si ricorre a dei patti parasociali, ad es. contratti di *pool* o contratti consortili (<sup>110</sup>). Nell'ambito degli accordi obbligatori vige il principio della libertà contrattuale (§ 311b co. 1 *BGB*) e non devono essere rispettati i limiti del diritto delle società per azioni (cfr. § 23 co. 5 *AktG*) (<sup>111</sup>). In particolare, se una società è posseduta – a maggioranza – da una famiglia, si possono stipulare diritti di prelazione per determinati azionisti oppure accordi sull'esercizio di diritti di voto (<sup>112</sup>).

## **VI. Osservazioni conclusive**

La normativa tedesca in tema di successione nei beni produttivi lascia ampi spazi per l'autonomia delle parti. Ciò vale sia per il diritto successorio sia per il diritto commerciale. Nel diritto successorio gli strumenti più importanti per regolare una successione futura che sia stabile e prevedibile sono la scelta della legge applicabile da parte del disponente, il patto successorio, il testamento

---

<sup>108</sup>*Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 21 GmbHG Annotaz. 12.

<sup>109</sup>Das rechtliche Schicksal des Anteils nach der Kaduzierung (subjektloses Recht – so die Rechtsprechung, vgl. RGZ 98, 278; BGHZ 42, 92, oder Inhaberschaft der GmbH – so die ganz h. M., vgl. die Nachweise bei *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 21 GmbHG Annotaz. 12) ist noch nicht abschließend geklärt.

<sup>110</sup>Vgl. *Trotz*, in: Groll, B XI Annotaz. 329; *Wälzholz*, DStR 2004, 819; P. *Rothärmel*, Gestaltungsfreiheit der Familiengesellschafter im deutschen und U. S.-amerikanischen Aktienrecht, p. 89 ff. und ZEV 2006, 435, 437.

<sup>111</sup> P. KINDLER-D. GUBITZ, *op. cit.*, annotaz. 264 s.

<sup>112</sup>●●● annotaz. ●●.

congiuntivo, la sostituzione fedecommissaria e la rinuncia alla legittima (dietro corrispettivo). Nel diritto commerciale esistono diversi strumenti con i quali l'erede di un bene produttivo può limitare la sua responsabilità per i debiti relativi a tale bene. Chi eredita un'impresa individuale può infatti decidere di non continuarla, di modificarne la ditta o di far iscrivere l'esclusione della responsabilità nel registro delle imprese. Chi eredita una quota in una società semplice o in una società in nome collettivo o come socio accomandatario in una società in accomandita semplice, può trasformarla in una partecipazione come socio accomandante. L'interesse dei soci di evitare l'ingresso di estranei nella società di persone e/o la frammentazione della partecipazione è salvaguardato attraverso delle clausole di subentro e di successione. Nelle società di capitali tale interesse è tutelato attraverso delle clausole statutarie che dispongono il ritiro forzato della partecipazione, un obbligo di cessione, l'esclusione dell'erede dalla società nonché attraverso vari tipi di accordi obbligatori. Non mi sembra invece necessario ammettere, come in diritto italiano, delle clausole di predisposizione successoria.

Esiste da decenni una consolidata prassi contrattualistica, soprattutto nel notariato, che è in grado di soddisfare i principali interessi in materia. Per rafforzare ulteriormente la continuità dell'impresa, si potrebbe pensare di abolire la responsabilità dell'acquirente di un'impresa individuale per i debiti preesistenti e di estendere il principio della sopravvivenza della società nel caso di morte di un socio anche alla *GbR*.

Infine non vedo i vantaggi del legato obbligatorio. Con un legato ad effetti reali, come lo conosce tra l'altro il diritto italiano, il testatore potrebbe infatti assegnare l'impresa individuale o la partecipazione societaria direttamente al soggetto da lui ritenuto più idoneo come successore nelle suddette posizioni.

PETER KINDLER

Prof. ord. dell'Università di Monaco di Baviera

