

13. 1. Kann das Kammergericht oder das Oberlandesgericht München von der Entscheidung eines Oberlandesgerichts abweichen, das selbst nicht mehr zur Entscheidung über die weitere Beschwerde in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit berufen ist, aber zum Bezirk des anderen der beiden genannten Oberlandesgerichte gehört, oder muß es die weitere Beschwerde dem Reichsgericht vorlegen?

2. Muß die Firma einer offenen Handelsgesellschaft im Handelsregister gelöscht werden, wenn ein Vollhandelsgewerbe nicht mehr betrieben wird, der Betriebsumfang vielmehr auf den eines Kleingewerbes zurückgegangen ist?

3. Wird die offene Handelsgesellschaft durch die Veränderung des Betriebes zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts?

4. Wie ist die Umwandlung im Grundbuch zu verlaufbaren?
ZGG. § 28. GBD. §§ 47, 79. Verordnung über die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

und der Kostenordnung vom 23. März 1936 (RGBl. I S. 251) § 1.
 FGB. §§ 31, 105, 144, 157. BGB. § 705.

II. Zivilsenat. Beschl. v. 11. Mai 1937 in einer Handelsregisterfache.
 II B 5/36.

I. Amtsgericht Hildesheim.
 II. Landgericht daselbst.

I. Im Handelsregister des Amtsgerichts in H. ist die Firma „Wolff G., Möbelfabrik“ als offene Handelsgesellschaft eingetragen. Ihre Gesellschafter sind seit dem 1. Juli 1932 der Tapeziermeister Heinrich G. und der Kaufmann Adolf G. Durch Beschluß des Amtsgerichts in H. vom 9. Dezember 1933 wurde über das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft das Konkursverfahren eröffnet. Im April 1935 kam ein Zwangsvergleich zwischen der Firma und ihren Gläubigern zustande. Nach dessen rechtskräftiger Bestätigung wurde das Konkursverfahren durch Beschluß des Konkursgerichts vom 9. Mai 1935 aufgehoben. Am 14./15. Mai 1935 meldeten die beiden Gesellschafter zur Eintragung ins Handelsregister an, daß sie gemäß § 144 FGB. beschlossen hätten, die offene Handelsgesellschaft fortzusetzen. Die Eintragung erfolgte am 31. Mai 1935. Am 27. August 1935 beantragte die Industrie- und Handelskammer in H. gemäß § 126 FGB. beim Registergericht, den Inhabern der Firma aufzugeben, die Löschung der Firma zu veranlassen. Die Firma betreibe — so führte die Kammer aus — seit mehr als zwei Jahren weder eine Möbelfabrik, noch unterhalte sie ein entsprechendes Handelsunternehmen. Der Inhaber der Firma (richtig der nach der Anmeldung vom 14./15. Mai 1935 alleinige Geschäftsführer Heinrich G.) betreibe zwar zur Zeit ein Handelsgeschäft mit selbstgefertigten Polstermöbeln, der Umfang des Geschäftsbetriebes gehe jedoch keineswegs über den eines Kleingewerbes hinaus. Das Amtsgericht erließ am 31. August 1935 die beantragte Verfügung. Den dagegen erhobenen Einspruch der Firma und des Heinrich G. verwarf es durch Beschluß vom 19. Dezember 1935, nachdem Heinrich G. erklärt hatte, daß die offene Handelsgesellschaft zur Zeit keinen Geschäftsbetrieb habe und daß die Herstellung von Polstermöbeln und der Großhandel in Möbeln zur Zeit von seiner Frau betrieben werde, und

nachdem die Beschwerde des Heinrich und des Adolf G. gegen die Verfassung der Erlaubnis zur Wiedereröffnung einer Möbelverkaufsstelle auf Grund des Einzelhandelschutzgesetzes durch Entscheidung des Regierungspräsidenten in H. zurückgewiesen worden war. Auf sofortige Beschwerde der Firmeninhaber forderte das Landgericht von diesen Angaben über das noch vorhandene Vermögen der Firma und über dessen Wertbarkeit. Sie antworteten, daß noch Forderungen (Außenstände) von 1000 RM. und das Inventar für ein Möbelgeschäft vorhanden seien. Durch Entscheidung vom 6. Juni 1936 hob das Landgericht die Verfügung des Registergerichts vom 31. August 1935 auf. Das Beschwerdegericht läßt es dahingestellt, ob die Beschwerdeführerin infolge der durch die Verfassung der Genehmigung zur Wiedereröffnung einer Verkaufsstelle eingetretenen Unmöglichkeit der Fortführung des Geschäftsbetriebs als erloschen im Sinne des § 31 Abs. 2 HGB. anzusehen sei. Denn daraus allein lasse sich die Verpflichtung zur Löschung der Firma im Handelsregister nicht herleiten. Aus §§ 156, 157 HGB. ergebe sich vielmehr, daß eine offene Handelsgesellschaft selbst mit ihrer Auflösung noch nicht völlig untergehe. Die Auflösung — und dementsprechend hier die Unmöglichkeit der weiteren Geschäftsführung — beende nur die produktive Tätigkeit des Personenverbandes; dieser selbst bleibe jedoch bestehen und ebenso die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens bis zur Abwicklung sämtlicher Geschäfte. Die Gesellschaft sei daher zur Beibehaltung der Firma berechtigt und verpflichtet, solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden sei. Das sei hier der Fall. Das Landgericht beruft sich für seine Auffassung auf eine Entscheidung des Kammergerichts in ROLG. Bd. 24 S. 171 (= RZM. Bd. 11 S. 42) und des Oberlandesgerichts Karlsruhe in JW. 1928 S. 2644 Nr. 4.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts hat die Industrie- und Handelskammer in H. rechtzeitig weitere sofortige Beschwerde erhoben. Das Kammergericht möchte der Beschwerde abhelfen, sieht sich daran aber durch die erwähnte Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe gehindert. Es hat deshalb die Beschwerde gemäß § 28 Abs. 2 HGB. dem Reichsgericht zur Entscheidung vorgelegt.

II. Die Voraussetzungen für die Vorlegung der Beschwerde nach § 28 Abs. 2 HGB. sind gegeben. Die Vorlegung wäre nicht erforderlich gewesen, wenn das Kammergericht von der Entschei-

ding eines Oberlandesgerichts abweichen wollte, das nach der Verordnung über die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Kostenordnung vom 23. März 1936 zur Entscheidung über das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde gegen die Entscheidungen der Landgerichte nicht mehr berufen und dessen Zuständigkeit auf das Kammergericht übergegangen ist (vgl. die Entscheidung des Senats vom 3. November 1936 II B 4/36 mit den in RÖZ. Bd. 152 S. 307 nicht abgedruckten, in JW. 1937 S. 679 Nr. 5 wiedergegebenen Ausführungen unter II). Denn insofern ist das Kammergericht an die Stelle des früher zuständigen Gerichts getreten. Ob eines der beiden jetzt allein noch zur Entscheidung berufenen Oberlandesgerichte von der Entscheidung eines dazu nicht mehr berufenen, dem erweiterten Bezirk des angerufenen nicht angehörigen Oberlandesgerichts abweichen darf, ist bestritten (vgl. Hesse-Saage-Fischer Anm. 2a zu der dem § 28 Abs. 2 ZGG. entsprechenden Vorschrift des § 79 Abs. 2 GBD., mit Nachweisen). Daraus, daß das Oberlandesgericht, das die frühere Entscheidung erlassen hat, nicht mehr zuständig ist, ergibt sich nichts für die Zulässigkeit der Abweichung ohne Anrufung des Reichsgerichts. Denn an die Stelle des früher entscheidenden Oberlandesgerichts ist ein anderes getreten, das seine eigene, nunmehr erweiterte Zuständigkeit hat. Auch darauf, daß wegen Wegfalls der Zuständigkeit des zuerst entscheidenden Oberlandesgerichts einander widersprechende Entscheidungen dieses und des jetzt entscheidenden (großen) Oberlandesgerichts in Zukunft nicht mehr möglich sind, kann es nicht allein ankommen. Dieser Gesichtspunkt lag wohl der Entscheidung RÖZ. Bd. 122 S. 273 zugrunde, wo die Anrufung des Reichsgerichts nicht für erforderlich erklärt worden ist, weil der Bezirk des Oberlandesgerichts, von dessen Entscheidung abgewichen werden sollte, nicht mehr zum Deutschen Reiche gehörte. Die Erwägung des Reichsgerichts, daß nach Abtretung des Gebietes des Oberlandesgerichts der Zweck der § 28 Abs. 2 ZGG., § 79 Abs. 2 GBD., die Aufrechterhaltung der Rechtseinheit, durch zukünftige widersprechende Entscheidungen des zuerst entscheidenden und des abweichenden Oberlandesgerichts nicht mehr bereitet werden kann, trifft im vorliegenden Falle, wo solche Gebietsabtretung nicht in Frage kommt, nicht zu. Hier hat in einem Teil des jetzigen Reichsgebietes die Rechtsprechung bereits zu einer Rechtsfrage eine be-

stimmte Stellung eingenommen, die bisher in diesem Gebiete nicht aufgegeben worden ist. Damit ist, insbesondere wenn es sich, wie bei einem Oberlandesgericht, um die Entscheidung eines höheren, für einen größeren räumlichen Bezirk zuständigen Gerichts handelt, bereits eine Rechtsentwicklung in einem bestimmten Sinn eingetreten; die Entscheidung wird regelmäßig von den untergeordneten Gerichten des entscheidenden Oberlandesgerichts als richtunggebend angesehen. Sie dient aber auch den Gerichten anderer Bezirke vielfach als Vorbild, insbesondere wenn sie mit Begründung in der juristischen Fachpresse veröffentlicht ist. Die einmal ergangene Entscheidung eines Oberlandesgerichts hat also, wie die Rechtsprechung auch sonst, rechtshörende Wirkung. In die dadurch geschaffene Rechtsentwicklung wird eingegriffen und die Rechtseinheit wird zerstört, wenn ein Oberlandesgericht, das für einen anderen Bezirk zuständig ist, von der früheren Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts abweichen will. Eine solche Abweichung soll nur auf dem in § 28 Abs. 2 FGG., § 79 Abs. 2 GBD. vorgesehenen Wege durch das beiden in Betracht kommenden Oberlandesgerichten übergeordnete Reichsgericht zugelassen werden. Daß das jetzt an die Stelle des zuerst entscheidenden Oberlandesgerichts gesetzte große Oberlandesgericht abweichen kann, steht nicht entgegen, weil es eben nur an Stelle des ersten tritt, dessen Befugnisse übernommen hat und nicht in die Zuständigkeit eines außerhalb seines Gebiets liegenden Oberlandesgerichts eingreift. Ist einmal eine Frage in einem bestimmten Sinne von einem Oberlandesgericht entschieden, so bindet schon diese Tatsache alle anderen Oberlandesgerichte so lange, bis das zuerst entscheidende oder das an seine Stelle tretende oder das Reichsgericht eine andere Entscheidung trifft. Diese Auffassung steht auch in Einklang mit dem Wortlaut des § 28 Abs. 2 FGG. und des § 79 Abs. 2 GBD. („Will das Oberlandesgericht von der . . . Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts . . . abweichen“). Die Verordnung vom 23. März 1936 steht ebenfalls nicht entgegen, sie will durch Zusammenfassung der Rechtsprechung bei nur zwei Oberlandesgerichten in erhöhtem Maße dem Gedanken der Rechtseinheit dienen, der schon in § 28 Abs. 2 FGG., § 79 Abs. 2 GBD. zum Ausdruck kommt.

III. Die Zuständigkeit des Reichsgerichts ist auch insofern gegeben, als es sich bei der Entscheidung des Oberlandesgerichts Karls-

ruhe, von der das Kammergericht abweichen will, um die gleiche Rechtsfrage handelt, die dem jetzt zu entscheidenden Falle zugrunde liegt. Dort stand in Frage, ob eine offene Handelsgesellschaft, die ihren Geschäftsbetrieb auf eine gleichnamige, später gegründete Gesellschaft mbH. übertragen und dabei ein ihr gehöriges Grundstück behalten hatte, verpflichtet war, das Erlöschen ihrer Firma und die Auflösung der Gesellschaft anzumelden. Hier ist der geschäftsführende Gesellschafter vom Registergericht aufgefordert worden, die Löschung der Firma zu beantragen, weil der Umfang ihres Geschäftsbetriebs nicht über den eines Kleingewerbes hinausgehe und deshalb die Eintragung des Unternehmens nicht mehr gerechtfertigt sei. In beiden Fällen ist das Wesentliche der zu entscheidenden Frage, ob die Löschung der Firma zu erfolgen habe, weil eine Voraussetzung für die Eintragung, der Betrieb eines Handelsgewerbes, weggefallen sei. Dieser Fall könnte vorliegen entweder dann, wenn die Gesellschaft jeden Gewerbebetrieb aufgegeben hätte, oder dann, wenn der Betrieb auf den des Kleingewerbes heruntergegangen wäre.

IV. Zur Begründung seines Rechtsstandpunktes hat das Kammergericht bei Vorlegung der Beschwerde ausgeführt: Die offene Handelsgesellschaft habe während des Konkurses, dessen Eröffnung ihre Auflösung zur Folge hatte (§ 131 Nr. 3 HGB.), als aufgelöste offene Handelsgesellschaft fortbestanden. Wenn, wie die Beschwerde behauptet und zu unterstellen sei, noch ungeteiltes Vermögen vorhanden gewesen sei, so sei die offene Handelsgesellschaft als Liquidationsgesellschaft bestehen geblieben. Denn als Liquidationsgesellschaft bestehe eine offene Handelsgesellschaft so lange fort, als noch ungeteiltes Vermögen vorhanden sei (§§ 155, 156 HGB.). Nach der Feststellung des Landgerichts besitze die Gesellschaft noch Vermögen. Die Gesellschaft habe deshalb auch noch im Mai 1935 fortbestanden — sei es als Liquidationsgesellschaft, sei es als im Konkurse befangene Abwicklungsgesellschaft —, als die Gesellschafter nach Abschluß des Zwangsvergleichs und Aufhebung des Konkurses die aufgelöste Gesellschaft in eine werbende zurückverwandeln. Der § 144 HGB. gewähre das Recht auf Rückverwandlung ohne Rücksicht auf den Stand der Abwicklung, nur mit der Einschränkung, daß nicht bereits sämtliche Geschäfte abgewickelt seien und insolgedessen keine Grundlage mehr für die Fortführung der Gesellschaft bestehe. Billigerweise müsse der Gesellschaft eine gewisse Anlaufzeit für die tatsächliche Rückverwand-

lung in eine werbende Gesellschaft zugebilligt werden. Die Firma der in eine werbende offene Handelsgesellschaft zurückverwandelten Abwicklungsgesellschaft sei aber im vorliegenden Falle erloschen, weil die Gesellschaft in der seither verflossenen Zeit den Betrieb eines Handelsgewerbes nicht aufgenommen habe, auch keine Aussicht bestehe, daß sie ihn wieder aufnehmen könne, so daß ihr eine weitere Übergangszeit nicht zuzubilligen sei. Ihr Zweck sei jetzt der Sache nach nur darauf gerichtet, die wenigen der Gesellschaft verbliebenen Forderungen einzuziehen und den Erlös zu verwalten. Nach § 105 HGB. sei eine Gesellschaft nur dann eine offene Handelsgesellschaft, wenn ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter einer gemeinschaftlichen Firma gerichtet sei. Es herrsche Einigkeit darüber, daß die Kaufmannseigenschaft des Einzelkaufmanns (unbeschadet etwaiger vorübergehender Betriebseinstellungen) von dem Fortbestehen des Vollhandelsgewerbes abhängig sei. In dem Streit, ob das gleiche auch für eine offene Handelsgesellschaft gelte und ob sich diese bei Zurückgehen des Handelsgewerbes auf den Umfang eines Kleingewerbes oder bei Aufgabe des Handelsgewerbes überhaupt in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts umwandle, und zwar auch gegen den Willen der Gesellschafter, trete das Kammergericht für Bejahung dieser Frage ein. Der Grundsatz des § 105 HGB. sei nur für den Fall der Auflösung der Gesellschaft durchbrochen (§ 131 HGB.). Wenn die Gesellschafter die Auflösung nicht beschließen, sondern wenn sie im Gegenteil die Gesellschaft zur Verwaltung des ihnen zur gesamten Hand verbleibenden Vermögens aufrechterhalten wollen, dann bestehe zwischen ihnen allerdings eine Gesellschaft fort. Diese genüge aber der Begriffsbestimmung des § 105 HGB. nicht mehr und sei mangels einer dem § 156 HGB. entsprechenden Bestimmung keine offene Handelsgesellschaft mehr. Sie erfülle vielmehr die Voraussetzungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter sich zu jedem rechtlich erlaubten Zweck zusammenschließen könnten (§ 705 HGB.). Die vom Oberlandesgericht Karlsruhe entgegengesetzten Erwägungen seien nicht durchschlagend, weil die geltend gemachten praktischen Schwierigkeiten nicht beständen. Das Eigentum an den Grundstücken verbleibe den Gesellschaftern nach wie vor als Gesamthandseigentum. Das Grundbuch könne ebenso wie bei einer durch Beschluß herbeigeführten Umwandlung jederzeit auf Berichtigungsbewilligung der Gesellschafter

ohne Auflassung berichtigt werden (FfG. Bd. 9 S. 6, Bd. 12 S. 279). Ob beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, die der offenen Handelsgesellschaft zustehen, auf eine aus denselben Personen gebildete Gesellschaft bürgerlichen Rechts übergangen (§ 1092 BGB.), brauche nicht erörtert zu werden. Denn auch wenn das nicht der Fall sein sollte, stehe diese Schwierigkeit der Annahme der Umwandlung nicht entgegen; die Gesellschafter hätten jederzeit die Möglichkeit, die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft zu beschließen und sich solche Dienstbarkeiten bis zur Beendigung der Liquidation zu erhalten. Eine offene Handelsgesellschaft, die kein vollkaufmännisches Gewerbe betreiben wolle oder könne, müsse entweder in Liquidation gehen und damit nach außen sich als nicht mehr werbende Gesellschaft zu erkennen geben, oder sie müsse im Handelsregister gelöscht werden. Gegen die kraft Gesetzes eintretende Umwandlung werde bei der Kommanditgesellschaft, die ebenso behandelt werden müsse wie die offene Handelsgesellschaft, ein Bedenken daraus hergeleitet, daß die besondere Haftungsbeschränkung des Kommanditisten innerhalb der bürgerlichen Gesellschaft nicht zur Geltung kommen könne. Das sei aber nicht anzuerkennen. Nach RGZ. Bd. 63 S. 65 und Bd. 90 S. 177 könne die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters mit Wirkung gegen Dritte dahin beschränkt werden (§ 712 BGB.), daß die anderen Gesellschafter nur mit dem Gesellschaftsvermögen haften. Dann müsse die Beschränkung auch dahin gehen können, daß ein einzelner Gesellschafter darüber hinaus bis zur Höhe einer bestimmten, noch nicht geleisteten Einlage hafte. Damit sei dem bisherigen Kommanditisten die Stellung eines solchen auch innerhalb der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im wesentlichen gewährleistet.

Der Rechtsauffassung des Kammergerichts ist beizutreten.

Wie beim Einzelkaufmann ist auch bei der offenen Handelsgesellschaft die Firma der Name, unter dem die Gesellschaft im Handelsverkehr auftritt. Durch die Eintragung ins Handelsregister wird im Verkehrsinteresse bekundet, daß eine bestimmte Person als Vollkaufmann ein Handelsgewerbe betreibt oder daß dies durch eine Mehrheit von Personen geschieht, die persönlich für die Schulden der Gesellschaft haften. Wenn nun beim Einzelkaufmann wie bei der offenen Handelsgesellschaft der Betrieb eines Handelsgewerbes die Voraussetzung für die Eintragung der Firma ist, so ist es folge-

richtig, daß die Eintragung nur so lange bestehen kann, als diese Voraussetzung fort dauert. Ist der Einzelkaufmann nach Aufgabe seines Handelsgewerbes oder dessen Beschränkung auf den Umfang des Kleingewerbes nicht mehr Vollkaufmann, so muß er im Handelsregister gelöscht werden. Ebenso verliert die offene Handelsgesellschaft die Kaufmannseigenschaft, wenn sie ihr Handelsgewerbe freiwillig oder unfreiwillig aufgibt oder auf den Umfang des Kleingewerbes beschränkt; sie muß dann ebenfalls gelöscht werden.

Allerdings kann das Gesetz etwas anderes bestimmen. Die Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mbH. und eingetragene Genossenschaft) können hier freilich nicht in Vergleich gezogen werden. Denn sie sind kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift Kaufleute, auch wenn sie von Anfang an kein Handelsgewerbe betreiben (§ 210 Abs. 2 HGB., § 13 Abs. 3 GmbHG., § 17 Abs. 2 GenG.). Sie erlangen diese Eigenschaft gerade durch die Eintragung in das Register, durch die sie zugleich als selbständige Rechtspersönlichkeit ins Leben treten. Der Einzelkaufmann und die offene Handelsgesellschaft sind aber auch ohne Eintragung Vollkaufleute, und zwar durch den Betrieb des Handelsgewerbes. Bei ihnen hat die Eintragung in diesem Falle also nicht die Wirkung, daß sie Kaufleute werden. Durch die Eintragung werden sie nicht „Formalkaufleute“; sie sind nicht den genannten Gesellschaften gleichzustellen, wie das Oberlandesgericht Karlsruhe annimmt. Die offene Handelsgesellschaft kann sich somit gegenüber dem Begehren auf Löschung nicht auf ihre Eigenschaft als Formalkaufmann berufen.

Bei der offenen Handelsgesellschaft kommen zwar bis zur Beendigung der Liquidation in bezug auf das Rechtsverhältnis der bisherigen Gesellschafter untereinander sowie der Gesellschaft zu Dritten die Vorschriften des zweiten und dritten Titels über die offene Handelsgesellschaft zur Anwendung, soweit sich nicht aus dem fünften Titel (über die Liquidation) und aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes ergibt (§ 156 HGB.), und ist erst nach Beendigung der Liquidation das Erlöschen der Firma zum Handelsregister anzumelden (§ 157 HGB.). Vereinbaren die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung, so finden, solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, im Verhältnis

zu Dritten die für die Liquidation geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 158 HGB.). Alle diese Vorschriften sind aber gerade auf die sich aus der Auflösung ergebenden Bedürfnisse zugeschnitten. Sie sollen die Liquidation fördern und die Interessen der Gesellschaftsgläubiger wahren. Zu diesem Zwecke gilt die Gesellschaft bis zu einem gewissen Grade als fortbestehend und wird deshalb vor Beendigung der Liquidation die Firma im Handelsregister nicht gelöscht. Mangels eines Bedürfnisses kann aber nicht angenommen werden, daß diese Vorschriften auch gelten sollen, wenn es gar nicht zur Auflösung der Gesellschaft kommt oder wenn die Gesellschafter nach einer durch Konkursöffnung erfolgten Auflösung der Gesellschaft in zulässiger Weise die Fortsetzung der Gesellschaft nach § 144 HGB. beschließen. Dann kann die Gesellschaft als offene Handelsgesellschaft nur fortbestehen, wenn sie in Zukunft die Voraussetzungen einer solchen erfüllt, nämlich ein Vollhandelsgewerbe betreibt. Ändert eine offene Handelsgesellschaft ihren Betrieb, indem sie nur noch ein Kleinhandelsgewerbe betreibt, so kann sie als Gesellschaft weiter bestehen, sie kann insbesondere auch die aus dem früheren Betriebe stammenden einzelnen Geschäfte abwickeln, ohne daß für ein Fortbestehen des Eintrags als offener Handelsgesellschaft im Handelsregister ein dringendes Bedürfnis besteht. Es ist auch nicht ersichtlich, wann im Falle der Richtigkeit der Auffassung des Oberlandesgerichts Karlsruhe in einem solchen Falle überhaupt ein Ende der offenen Handelsgesellschaft eintreten könnte, da die Gesellschaft in ihrem geänderten Betriebe fortgesetzt neue Geschäfte nicht handelsrechtlicher Art machen könnte und sie dann in absehbarer Zeit nie ohne Vermögen wäre. Es würde dadurch ein Zustand geschaffen, der mit dem Bedürfnis der Klarheit des Handelsregisters in Widerspruch stehen und Mißbräuchen Tür und Tor öffnen würde.

Auch die vom Oberlandesgericht Karlsruhe in seinem Beschluß geäußerten Bedenken gegen das Aufhören der Eigenschaft der Gesellschaft als einer offenen Handelsgesellschaft unter Fortbestand einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts können zu keiner anderen Beurteilung führen.

Wenn die offene Handelsgesellschaft bis zur Aufgabe ihres Handelsbetriebes oder bis zur Umstellung des Betriebes auf den Umfang des Kleingewerbes Eigentümerin von Grundstücken und als solche

im Grundbuch eingetragen war, so gehen diese Rechte durch den Wegfall der Eigenschaft der Gesellschaft als offener Handelsgesellschaft nicht unter, wenn die Gesellschaft sich in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts umwandelt. Das einmal entstandene Gesamthandseigentum wird durch eine solche Änderung nicht ohne Weiteres aufgehoben. Es besteht vielmehr weiter, bis es durch Verfügung der Gesamthandsberechtigten aufgehoben wird, etwa dadurch, daß sie es in Eigentum nach Bruchteilen umwandeln oder daß sie die Grundstücke an einen Dritten veräußern. Ein Wechsel in der Person des Eigentümers tritt durch die Umwandlung nicht ein. Zwar hat die offene Handelsgesellschaft eine weitgehende Selbständigkeit. Sie hat das Recht, unter ihrer Firma Rechte und Verbindlichkeiten einzugehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken zu erwerben, vor Gericht zu klagen und verklagt zu werden. Zur Zwangsvollstreckung gegen sie ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Titel erforderlich und ausreichend (§ 124 HGB.). Über ihr Vermögen kann ein selbständiges Konkursverfahren eröffnet werden (§ 131 Nr. 3 HGB., § 209 R.D.). Sie ist aber, wie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt ist, keine von den Gesellschaftern verschiedene Rechtspersönlichkeit. Vielmehr sind Träger wie der materiellrechtlichen Ansprüche so auch der Parteirechte im Prozeß die Gesellschafter selbst in ihrer Zusammenfassung zur Gesellschaft. Auch sonst ist nicht ersichtlich, daß sich nur aus dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft, die nur eine Abart der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist (vgl. § 105 Abs. 2 HGB.), die Möglichkeit von Gesamthandsrechten an Grundstücken ergäbe, daß solche Rechte also bei Gesellschaften des bürgerlichen Rechts nicht möglich wären. Bleiben aber die Rechte bestehen, so muß es auch einen Weg geben, die Änderung, die sich aus der Umwandlung der Gesellschaftsart ergibt, im Grundbuch zum Ausdruck zu bringen, etwa in der Weise, daß in der Spalte des Grundbuchs, in der der Eigentümer eingetragen ist, die Namen der Gesellschafter mit dem Zusatz eingetragen werden: „Gesellschafter zur gesamten Hand“ oder „als Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts“. Diese Möglichkeit sieht auch die Grundbuchordnung vor in der Vorschrift: „Soll ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden, so soll die Eintragung in der Weise erfolgen, daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder daß für die Gemeinschaft maß-

gebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird“ (§ 48 alter, § 47 neuer Fassung der Grundbuchordnung, vgl. auch RGRKomm. Anm. 1 zu § 718 BGB.; Güthe-Triebel Grundbuchordnung, 6. Aufl. § 47 Anm. 8). Wie das Kammergericht mit Recht hervorhebt, hat auch die Rechtsprechung in Grundbuchsachen die Möglichkeit der Umschreibung von einer offenen Handelsgesellschaft auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts angenommen. In RGZ. Bd. 136 S. 402, wo es sich um die — hier nicht in Betracht kommende — Frage handelte, ob zur Überführung eines Grundstücks aus dem Vermögen einer fortbestehenden offenen Handelsgesellschaft in eine personengleiche Gesellschaft bürgerlichen Rechts Auflassung erforderlich sei, wurde die Übertragbarkeit an sich und die Möglichkeit, daß eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Grundstückseigentümerin ins Grundbuch eingetragen werden könne, überhaupt nicht in Zweifel gezogen. Eine einengende Auslegung des Gesetzes würde auch nicht dem praktischen Bedürfnis der heutigen Zeit entsprechen, in der der Wohnungsbau vielfach nur durch Zusammenschluß mehrerer gefördert werden kann, ohne daß für die Bildung einer offenen Handelsgesellschaft oder einer besonderen selbständigen Rechtspersönlichkeit ein Anlaß oder eine Möglichkeit besteht.

Gegenüber dem Bedürfnis, Personenvereinigungen, die die handelsrechtlichen Erfordernisse einer offenen Handelsgesellschaft nicht mehr erfüllen, im Interesse der Klarheit und Wahrheit des Handelsregisters aus diesem zu entfernen, müßte auch das von Bondi in der Anmerkung zu der Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe, JW. 1928 S. 2644 Nr. 4, geäußerte Bedenken zurücktreten, daß der offenen Handelsgesellschaft zustehende beschränkte persönliche Dienstbarkeiten an einem Grundstück nach § 1092 BGB. nicht übertragbar sind und auch die Ausübung der Dienstbarkeit einem anderen nur überlassen werden kann, wenn die Überlassung gestattet ist. In der Regel wird die angedeutete Schwierigkeit auch nicht bestehen, wenn man davon ausgeht, daß Träger des Rechtes die Gesellschafter sind, eine Übertragung durch die Umwandlung also nicht eintritt. Abgesehen von besonderen Fällen wird es den Beteiligten bei Einräumung der Dienstbarkeit nicht darauf ankommen, daß die Dienstbarkeit gerade von einer offenen Handelsgesellschaft ausgeübt wird. Steht aber ein solcher Ausnahmefall vor, so müssen die Gesellschafter die offene Handelsgesellschaft auflösen und in Liquidation treten.

Sie würden dann für die Dauer des Liquidationsverfahrens die Aufrechterhaltung der persönlichen Dienstbarkeit erreichen. Das Oberlandesgericht Karlsruhe weist darauf hin, daß bei Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Sicherungen, die den Gesellschaftsgläubigern aus §§ 172 Abs. 3 und 174 HGB. erwachsen, entfallen, und daß dadurch auch die Kreditwürdigkeit der umgewandelten Gesellschaft eine Einbuße erfährt. Diesen Nachteil müssen die Beteiligten aber als Folge der Umwandlung der Gesellschaft auf sich nehmen. Ist der Zweck der Gesellschaft nicht mehr auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet, so können die Gesellschafter die sich aus dem Wesen der Kommanditgesellschaft ergebenden Vorteile nicht mehr in Anspruch nehmen und diese Gesellschaftsform auch nicht mehr zur Verbesserung ihres Kredits ausnützen. Wollen die Mitglieder einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft ähnliche Vorteile erreichen, wie sie beim Einzelkaufmann oder der offenen Handelsgesellschaft mit der Aufnahme eines Kommanditisten verbunden sind, und zu diesem Zwecke die persönliche Haftung eines der Gesellschafter auf einen bestimmten Betrag beschränken, so müssen sie dafür einen für die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft gegebenen Weg wählen, etwa in der Weise, daß der beschränkt Haftende entweder nach außen nicht als Gesellschafter in die Erscheinung tritt, oder daß die Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter in einer Dritten erkennbaren Weise beschränkt wird.

Die Gesellschafter sind daher vom Registergericht mit Recht aufgefordert worden, die Löschung der offenen Handelsgesellschaft zu veranlassen (§§ 14, 31 Abs. 2 HGB.).