

100. Bedarf es der Auflassung der Gesellschaftsgrundstücke, wenn bei Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter das ganze Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt?

§. 6. B. § 142.

--B. G. B. §§ 719, 736, 738.

V. Zivilsenat. Beschl. v. 23. Mai 1908 in der Grundbuchsache v. Fr. a. M. Bez. 13 Bb. 12 Bl. 554 u. Bb. 6 Bl. 273. Beschw. Rep. V. 70/08.

I. Amtsgericht Frankfurt a. M.

II. Landgericht daselbst.

Gründe:

„Als Eigentümerin der Grundstücke Fr. a. M. Bezirk 13 Bb. 12 Bl. 554 und Bb. 6 Bl. 273 ist im Grundbuche die offene Handelsgesellschaft S. B. Nachf. in Fr. a. M. eingetragen. Von den beiden Gesellschaftern ist der eine, Kaufmann Hermann N., am 4. Juli 1906 verstorben und von zwei minderjährigen Kindern beerbt worden, die

durch ihre nach Statutarrecht mitberechtigte Mutter Marie Susanne N. kraft elterlicher Gewalt vertreten werden. Im Gesellschaftsvertrage vom 25. Januar 1906 war in § 12 bestimmt, daß im Falle des Todes eines der Teilhaber der überlebende das Recht haben solle, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen und die Firma fortzuführen. Das Kapitalguthaben des verstorbenen Gesellschafters sollte durch Schlußbilanz festgestellt werden, und dabei die Geschäftsliegenschaften am Merianplatz Nr. 5 mit dem in der Bilanz vom 31. Dezember 1905 angegebenen Werte in Ansatz kommen. In einer notariellen Urkunde vom 12. Februar 1908 erklärten der überlebende Gesellschafter, Kaufmann Franz B., und die Witwe Marie Susanne N., daß die Auseinandersetzung nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages stattgefunden, B. das Geschäft übernommen habe und im Handelsregister als dessen alleiniger Inhaber eingetragen worden sei, daß die Geschäftsliegenschaften am Merianplatz Nr. 5 aus den oben angegebenen Grundstücken beständen und daß diese kraft Anwachsungsrechts alleiniges Eigentum B.'s geworden seien. Sie beantragten und bewilligten, im Wege der Grundbuchberichtigung den Kaufmann Franz B., alleinigen Inhaber der Firma S. B. Nachf., als Alleineigentümer im Grundbuch einzutragen.

Das Amtsgericht hat durch Verfügung vom 25. Februar 1908 die Auflassung für erforderlich erachtet und zur Beibringung der Auflassungsanträge und der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eine Frist von 2 Monaten bestimmt. Das Landgericht hat die Beschwerde B.'s durch Beschluß vom 4. März 1908 zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht durch Beschluß vom 23. März 1908 ausgesprochen, daß es die Beschwerde als unbegründet ansehe und zurückweisen würde, sich jedoch daran durch das Urteil des I. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 23. Februar 1907 (Entsch. Bd. 65 S. 227) gehindert sehe. Es hat deshalb gemäß § 79 G.B.O. die Sache dem Reichsgerichte vorgelegt.

Die Voraussetzungen des § 79 Absf. 2 und 3 G.B.O. mußten als gegeben, und die weitere Beschwerde für begründet erachtet werden.

In dem Falle, der dem I. Zivilsenate vorlag, war nach dem Tode des einen Gesellschafters zwischen dessen Erben und dem überlebenden Teilhaber eine mündliche Vereinbarung dahin getroffen

worden, daß das Handelsgeschäft mit dem Gesellschaftsvermögen einschließlich des Firmenrechts auf den Überlebenden übergehen und dieser dafür eine Abfindung von 250 000 *M* zahlen sollte. Da Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehörten, so entstand die Frage, ob der Vertrag der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung nach § 313 B.G.B. und der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedurfte. Der I. Zivilsenat hat dies mit der Begründung verneint, daß der Vertrag eine Veräußerung einzelner Sachen, insbesondere der Grundstücke oder des Miteigentums daran, nicht enthalte, der Eigentumsübergang vielmehr mit der Übernahme des Geschäfts kraft Anwachsungsrechts eingetreten sei. Das Kammergericht erkennt an, daß diese Ausführungen, wenn sie richtig sind, auch die Auflassung im vorliegenden Falle erübrigen würden; seiner Annahme, daß sie nicht richtig seien, konnte jedoch nicht beigetreten werden.

Nach der herrschenden, insbesondere vom Reichsgerichte ständig festgehaltenen Ansicht bildet die offene Handelsgesellschaft, wie jetzt auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Wie die Anteilsberechtigung der Gesamthänder sowohl in Beziehung auf das Gesamtvermögen, als auch in Beziehung auf die einzelnen Sachen aufzufassen ist, ist außerordentlich streitig. Wenn man aber der Gesamthand, insbesondere der offenen Handelsgesellschaft, die Eigenschaft einer juristischen Person abspricht und als Eigentümer der einzelnen Sachen die Gesamthänder in ihrer Vereinigung ansieht, so ist auch die Folgerung des I. Zivilsenats, daß die einzelnen Gesamthänder Miteigentümer der Sachen sind, nicht von der Hand zu weisen. Das Vorhandensein des Anteils an den einzelnen Sachen ist denn auch, ebenso wie die Anteilsberechtigung am Gesamtvermögen, im Bürgerlichen Gesetzbuche (§§ 719, 1442, 2033 *cc*) anerkannt. Das Miteigentum der Gesamthänder ist aber zweifellos nicht das römische Bruchteilseigentum (*condominium pro indiviso*), weil die Anteile nicht fest bestimmt, sondern veränderlich sind,

vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 § 80 S. 677—679, Bd. 2 § 122 S. 389 *ff.*; Stobbe, Handb. des deutsch. Privatr. (3. Aufl.) Bd. 1 § 49 S. 433, Bd. 2 § 97 S. 298 *ff.*; Sohm, Der Gegenstand S. 69 *ff.*; Meurer, Die jurist. Person nach deutschem Reichsrecht S. 133 *ff.*,

und weil sie als solche nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sind (B.G.B. a. a. D.). Man kann sie mit der Entscheidung des R.G.'s Bd. 9 S. 144 als unpraktisch bezeichnen, da eine Verfügung darüber nicht möglich, die Veränderungen, die damit vorgehen, immer nur die Folge anderer Rechtsvorgänge (Erwerb oder Verlust der Mitgliedschaft, Verfügungen der Gesamthand über die Sache) sein können. Diese anderweitigen Rechtsvorgänge aber unterliegen den für sie maßgebenden Rechtsnormen und Formen; der Umstand, daß mittelbar das gesamthänderische Miteigentum davon betroffen wird, kann nicht zur Anwendung der für die Veräußerung von Sachen (Eigentum und Bruchteilseigentum) vorgeschriebenen Formen in den Fällen führen, wo jener Rechtsvorgang selbst diese Formen nicht erfordert.

Es fragt sich also nur, ob im vorliegenden, wie in dem dem I. Zivilsenat unterbreiteten Falle ein solcher Rechtsvorgang, der eine Veränderung in der Anteilsberechtigung der Gesamthänder von selbst nach sich gezogen hat, anzunehmen ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch verbietet im § 719 den Gesellschaftern auch die Veräußerung des Anteils am Gesamtvermögen und gestattet sie in den §§ 736 flg. nur unter bestimmten Voraussetzungen in der Form des Ausscheidens oder der Ausschließung eines Gesellschafters, während es bei der Miterbengemeinschaft in § 2033 B.G.B. die Veräußerung des Anteils am Gesamtvermögen (Nachlaß) allgemein zuläßt. Bei der Gesellschaft wächst in den erwähnten Fällen nach der Bestimmung des § 738 der Anteil des Ausscheidenden den übrigen Gesellschaftern zu, was vielfach als eine Folgerung aus dem Grundsatz der gesamten Hand bezeichnet wird

vgl. Protok. Bd. 2 S. 446; Denkschrift zur Reichstagsvorlage S. 192; v. Staudinger, Bem. 1 zu § 738; Dertmann, Bem. 5 zu § 738 und, wie allgemein anerkannt ist, den Eigentumsübergang bei den einzelnen Sachen ohne besonderen Übertragungsakt nach sich zieht. Aber auch bei der Veräußerung des Miterbenanteils (an einen Miterben oder einen Dritten) tritt dieselbe Folge von Rechts wegen ein.

Vgl. Rünkel in Gruchot's Beitr. Bd. 41 S. 825; Turnau u. Förster, Liegenschaftsrecht (3. Aufl.) Bd. 1 S. 452 bei § 925 B.G.B.; Kammergericht in Johow's Jahrb. Bd. 26 A 113.

Der Fall, daß einem Gesamthänder die Anteile aller übrigen Gesamthänder oder das Gesamtvermögen überlassen wird, ist bei der Gesell-

schaft bürgerlichen Rechts nicht vorgesehen, da die §§ 736 flg. das Fortbestehen der Gesellschaft zur Voraussetzung haben. Gegenüber der Verbotbestimmung in § 719 wird deshalb in solchen Fällen die Anteilsübertragung mit der Wirkung der Anwachsung nicht für zulässig gehalten,

vgl. Bland, Bem. 1 zu § 736, Bem. 1 zu § 738, Bem. 9 zu § 925 B.G.B.; v. Staudinger, Bem. I, IV zu § 738, Bem. A I 2 zu § 925 B.G.B.; Turnau u. Förster a. a. D.,

so daß nur die Übertragung der einzelnen Sachen durch die Gesamthand übrig bleibt. Bei der Miterbengemeinschaft aber wird im Hinblick auf § 2033 B.G.B. auch in dem Falle, wenn die übrigen Miterben den gesamten Nachlaß einem von ihnen übertragen, eine Anteilsveräußerung und folgeweise der Eigentumsübergang ohne besonderen Übertragungsakt angenommen (Kammergericht bei Johow, Bd. 26 A 113; Künkel a. a. D.; Turnau u. Förster a. a. D.).

Bei der offenen Handelsgesellschaft ergab sich das Bedürfnis, das Ausschließungsrecht der Art. 128, 132 des alten H.G.B., das die Rechtsprechung nur bei einer Gesellschaft von mehr als zwei Personen anerkannte (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 7 S. 121; Entsch. des R.D.H.G.'s Bd. 11 S. 160) und das vom Bürgerlichen Gesetzbuche in § 737 auch nur für diesen Fall aufgenommen ist, auf Gesellschaften von zwei Mitgliedern, also auf den Fall auszudehnen, wo nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters eine Gesellschaft nicht mehr übrig bleibt, für den anderen Gesellschafter also nur noch das Recht, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, in Frage kommen kann (Denkschrift zu § 129 des Entw. des H.G.B. S. 102). Diesem Bedürfnis trägt § 142 H.G.B. Rechnung und unterwirft die Auseinandersetzung in diesem Falle den für das Ausscheiden von Gesellschaftern geltenden Vorschriften (Abf. 3 a. a. D. und §§ 738 flg. B.G.B.). Gleichwohl ist es streitig geworden, ob die Anteilsanwachsung des § 738 in diesem Falle Anwendung finden kann. Einzelne, so die neuen Bearbeiter der 8. Aufl. des Staub'schen Kommentars (im Gegensatz zu Staub selbst in der 6./7. Aufl. Anm. 2, 3 zu § 142), auch Turnau u. Förster, Bd. 1 S. 451/2 Bem. III 2 zu § 925 B.G.B.; Lehmann in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 50 S. 36 und Lehmann-Ring, H.G.B. Bem. 2a, 4 zu § 142; Kreßschmar in Lobe's Zentralblatt f. freiw. Ger. Bd. 8 S. 526 verneinen es, jedoch

mit unzureichenden Gründen. Wenn geltend gemacht wird, daß in Absf. 1, 2 des § 142 dem Gesellschafter nur das (obligatorische) Recht verliehen wird, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, nicht aber eine gesetzliche Übereignung ausgesprochen wird, so ist dabei übersehen, daß auch der entsprechende § 737 B.G.B. den verbleibenden Gesellschaftern zunächst nur ein Ausschließungsrecht einräumt und daß die Ausschließung selbst nach § 737 Satz 3 B.G.B. durch eine von den berechtigten Gesellschaftern abzugebende Erklärung erfolgt. § 142 H.G.B. weicht in Absf. 1 (im Anschlusse an § 140 a. a. D. und Art. 128 des alten H.G.B.) nur insofern ab, als er in den von ihm behandelten Fällen eine gerichtliche Entscheidung für erforderlich erklärt. Ob diese Entscheidung, wie im Falle des § 140 H.G.B., auf die Ausschließung selbst gerichtet ist, oder ob sie, wie im Falle des § 142 Absf. 1, eine bereits vorliegende oder noch abzugebende Übernahmeerklärung für berechtigt erklärt, ändert, sobald diese Erklärung abgegeben ist (vgl. §§ 141 und 142 Absf. 2 H.G.B.), an der Sachlage nichts. Die rechtlichen Folgen sind in dem nach Absf. 3 des § 142 H.G.B. maßgebenden § 738 B.G.B. für alle Fälle gleichmäßig geregelt.

Zweifelhafter ist die Frage, ob dasselbe Ergebnis auch durch eine vor oder nach der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft zustande gekommene Vereinbarung des Inhalts, daß ein Gesellschafter das ganze Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, herbeigeführt werden kann. Die Annahme der Anteilsanwachsung, wie sie der I. Zivilsenat des Reichsgerichts in dem Urteile vom 23. Februar 1907 gebilligt hat, findet hier noch lebhafteren Widerstand. Außer den bereits erwähnten Schriftstellern sind noch zu nennen v. Staudinger, Bem. IV zu § 738 B.G.B.; Viermann, Sachenrecht Bem. 4 zu § 925 B.G.B.; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht 3. Aufl. Bd. 1 S. 470; Makower, H.G.B. (13. Aufl.) Anm. VI zu § 142; von Gerichtsentscheidungen die des Kammergerichts in Johow's Jahrb. Bd. 11 S. 124, Bd. 24 A 110, Bd. 25 A 78, 80, des Bayr. Obersten Landesgerichts im „Recht“ 1903 S. 212 Nr. 1151 und 1904 S. 575 Nr. 2476, ausführlicher in Seuffert's Archiv Bd. 60 S. 97, und die der Oberlandesgerichte in Dresden (Annalen Bd. 24 S. 349 und Bd. 25 S. 137) und Hamburg (Johow's Jahrb. Bd. 22 D 23). Auf der anderen Seite stehen Staub in der

6./7. Aufl. Anm. 8, 9 zu § 145 H.G.B., Goldmann, Handelsgesetzb. Bd. 2 S. 635 flg. und außer einzelnen oberlandesgerichtlichen Entscheidungen (Feriensenat des Kammergerichts in der Sammlung des R.F.A. Bd. 9 S. 71; Stuttgart in der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 276) die des preuß. Oberverwaltungsgerichts Bd. 31 S. 43, Bd. 41 S. 79 flg.

Dieser von dem I. Zivilsenat in dem Urteile vom 23. Februar 1907 ausführlich begründeten Ansicht war beizutreten. Wenn das Handelsgesetzbuch den Grundsatz der Anteilsanwachsung (§ 738 H.G.B.) ausdrücklich auf bestimmte Fälle der Geschäftsübernahme durch einen Gesellschafter für anwendbar erklärt, so ist nicht abzusehen, warum dieser Grundsatz nicht auch in den anderen Fällen der Geschäftsübernahme durch einen der bisherigen Gesellschafter, entsprechend den Fällen des vereinbarten Ausscheidens nach § 736 H.G.B., zur Anwendung kommen soll. Der § 719 H.G.B. kann im Gebiete des Handelsrechts die analoge Anwendung des § 142 H.G.B. um so weniger hindern, als es sich gerade bei dessen Anwendung in den Fällen der vereinbarten Geschäftsübernahme nicht um eine Neuerung, sondern um die Aufrechterhaltung des früheren Rechtszustandes handelt. Auch unter der Herrschaft des früheren Handelsgesetzbuchs wurde der Fall der vereinbarten Geschäftsübernahme dem des vereinbarten Ausscheidens gleichgestellt,

vgl. Staub, § 3 zu Art. 127 H.G.B., Entsch. des R.O.J.G.'s Bd. 24 S. 144; des R.G.'s in Zivilf. Bd. 25 S. 252, Jurist. Wochenschr. 1889 S. 345 Nr. 5 und 1898 S. 609 Nr. 39,

die Wirkungen des Ausscheidens aber waren dieselben, wie die des neuen Rechts (Staub, § 1 zu Art. 131 H.G.B. und die angef. Entsch., auch Entsch. des R.G.'s Bd. 18 S. 39, 42; Gruchot Bd. 28 S. 249). Dafür, daß man an diesem Rechtszustande etwas habe ändern wollen, liegt nicht der mindeste Anhalt vor. Enthält doch der § 142 H.G.B. umgekehrt eine Ausdehnung des Grundsatzes auf Fälle, die ihm nach der herrschenden Rechtsprechung bis dahin entzogen waren. Und das Bedürfnis, das Gesellschaftsvermögen in der Hand des allein übrig bleibenden Gesellschafters zusammenzuhalten, das auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts nicht vorhanden sein mag, ist auf dem Gebiete des Handelsrechts in allen Fällen in gleichem Maße vorhanden.

Fraglich könnte es erscheinen, ob nicht mit dem Urteile des I. Zivilsenats vom 23. Februar 1907 und den dort angeführten früheren reichsgerichtlichen Entscheidungen das Urteil des VII. Zivilsenats, Entsch. in Zivilf. Bd. 61 S. 72, in Widerspruch steht. Es wird dort die vereinbarte Geschäftsübernahme durch einen Gesellschafter zu dem Falle des § 142 H.G.B. in Gegensatz gestellt, und in dem ersten Falle das Vorhandensein einer Gesamtnachfolge verneint. Indessen ergibt sich schon aus dem erwähnten Urteile, noch mehr aber aus den darin angezogenen früheren Entscheidungen desselben Senats (Entsch. Bd. 45 S. 218, 222 flg., insbesondere aus der im Just.-Min.-Bl. 1901 S. 272, teilweise auch in der Jurist. Wochenschr. 1901 S. 97 Nr. 50 abgedruckten), daß das Urteil nicht auf den erwähnten Ausführungen beruht. Es handelte sich dabei um den Stempel der Tariffst. 25d des preuß. Stempeltarifs vom 31. Juli 1895, die den Zweck verfolgt, gewisse Gesellschaftsverträge, bei denen die reichsgerichtliche Rechtsprechung die Anwendbarkeit des Kaufstempels verneint hatte, unter anderem auch die Überlassung von Sachen und Rechten an einzelne Gesellschafter bei Auflösung der Gesellschaft, dem Stempel zu unterwerfen. Bei Anwendung dieser Vorschrift kommt es aber, wie der VII. Zivilsenat in den früheren Entscheidungen an der Hand der Entstehungsgeschichte ausführlich dargetan hat, nach dem ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers nicht auf die juristische Konstruktion, sondern lediglich auf den wirtschaftlichen Erfolg an. Zur Einholung einer Entscheidung der vereinigten Zivilsenate lag hiernach keine Veranlassung vor.

Nicht entgegen stehen auch die Entscheidungen des Reichsgerichts, die sich nicht mit dem Übergange des ganzen Anteils an der Gesamthand, sondern mit der Übertragung einzelner Sachen befassen. Bei solchen Sonderübertragungen an einzelne Gesellschafter ist, wie ziemlich allgemein angenommen wird, und zwar auch dann, wenn es sich nur um die Umwandlung des Miteigentums zur gesamten Hand in Bruchteilseigentum handelt, Auflassung, Übergabe und Possion von Seiten der Gesamthand erforderlich.

Vgl. für die Gesellschaft Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 32 S. 253 und Bd. 56 S. 206, 430, für die Erbengemeinschaft Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 57 S. 432.

Ein solcher Fall liegt aber hier, wo das ganze Geschäft übertragen worden ist, nicht vor.

Nach alledem war der weiteren Beschwerde stattzugeben.“