

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

HGB §§ 18, 24, 37; FGG §§ 140, 142

- a) Eine offene Handelsgesellschaft, an der nach Ausscheiden aller natürlichen Personen außer einer GmbH nur Kommanditgesellschaften beteiligt sind, deren jeweils einzige persönlich haftende Gesellschafterin eine GmbH ist, darf die bisherige Firma nur fortführen, wenn ihr ein Zusatz beigelegt wird, der das Fehlen einer unmittelbar oder mittelbar für die Gesellschaftsschulden haftenden natürlichen Person kenntlich macht (im Anschluß an BGHZ 62, 216 und BGHZ 65, 103).
- b) Das Registergericht darf die Eintragung des Eintritts und des Ausscheidens von Gesellschaftern nicht deswegen ablehnen, weil durch den Gesellschafterwechsel die eingetragene Firma unzulässig geworden ist.

BGH, Beschl. v. 4. Juli 1977 - II ZB 4/77 - OLG Hamm
LG Essen
AG Essen

BUNDESGERICHTSHOF

II ZB 4/77

BESCHLUSS

in der Handelsregistersache

betreffend die Firma A [REDACTED] E [REDACTED] oHG,

Beschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED] und Dr. v. der [REDACTED],
Postfach [REDACTED], E [REDACTED] -

Beteiligte:

Industrie- und Handelskammer zu E [REDACTED], Am W [REDACTED] -
[REDACTED] 2, E [REDACTED]

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
am 4. Juli 1977 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel
und die Richter Dr. Schulze, Dr. Bauer, Bundschuh
und Dr. Skibbe

beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde wird der
Beschluß der 2. Kammer für Handels-
sachen des Landgerichts Essen vom
28. November 1975 aufgehoben.

Das Amtsgericht Essen wird unter Auf-
hebung seiner Verfügung vom 7. April 1975
und seines Beschlusses vom 23. Septem-
ber 1975 angewiesen, über den Eintrags-
antrag der Beschwerdeführerin vom
20. Dezember 1974 unter Berücksichtigung
der nachstehenden Gründe erneut zu ent-
scheiden.

G r ü n d e :

I. Alleinige Gesellschafter der A [REDACTED] E [REDACTED] oHG,
die unter dieser Firma seit dem 15. November 1974 im
Handelsregister eingetragen ist, waren zunächst die
Kaufleute Theo A [REDACTED] und Cilly A [REDACTED]. Gemäß An-
meldung vom 18. November 1974 und Eintragung vom
7. April 1975 sind als weitere Gesellschafter 10 Komman-
ditgesellschaften, deren jeweilige einzige persönlich



haftende Gesellschafterin die A [REDACTED] GmbH ist, in die Gesellschaft eingetreten. Gleichzeitig sind als Gesamtprokuristen der offenen Handelsgesellschaft Alfred B [REDACTED] und Heinz S [REDACTED] im Handelsregister eingetragen worden. Bereits am 20. Dezember 1974 hatten die Gesellschafter zum Handelsregister angemeldet, daß Theo und Cilly A [REDACTED] aus der Gesellschaft ausgeschieden und die A [REDACTED] Handelsgesellschaft mit beschränkter Haftung als weitere, allein vertretungsberechtigte Gesellschafterin eingetreten sei; deren alleiniger Geschäftsführer ist Alfred B [REDACTED]. Theo und Cilly A [REDACTED] haben der Fortführung der bisherigen Firma zugestimmt.

Das Amtsgericht hat die Anmeldung vom 20. Dezember 1974 u. a. aus folgenden Gründen zurückgewiesen: Da nach dem Ausscheiden von Theo und Cilly A [REDACTED] keine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter mehr vorhanden sei, sei die bisherige Firma, in der dies nicht zum Ausdruck komme, unzulässig geworden; außerdem könne die Prokura für Alfred B [REDACTED] nicht bestehen bleiben, weil er bereits als Geschäftsführer der A [REDACTED] Handelsgesellschaft mit beschränkter Haftung gesetzlicher Vertreter der offenen Handelsgesellschaft sei. Deren Beschwerde ist erfolglos geblieben. Die weitere Beschwerde hält das vorlegende Oberlandesgericht für begründet. Nach seiner Ansicht ist es unzulässig, die Eintragung des Ausscheidens und des Eintritts der Gesellschafter von einer deswegen für nötig erachteten Firmenänderung abhängig zu machen; eine solche könne nur im Verfahren nach § 140 oder § 142 FGG durchgesetzt werden. Es sieht sich jedoch an einer Entscheidung durch den Beschluß des Oberlandesgerichts Köln vom 9. September 1975 (Betrieb 1975, 2365 = Rpfleger 1976, 17) gehindert und hat die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

II. Die Voraussetzungen für eine Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG sind gegeben.

Das Oberlandesgericht Köln hat in dem genannten, auf weitere Beschwerde ergangenen Beschluß die Auffassung vertreten, das Registergericht könne die Anmeldung eines Gesellschafterwechsels zurückweisen, wenn die bisherige Firma unzulässig und nicht gleichzeitig die erforderliche Firmenänderung angemeldet werde; das Gericht sei zur Beanstandung der Firma nicht auf das Zwangsverfahren nach §§ 37 Abs. 1 HGB, 140 FGG angewiesen. Von dieser Entscheidung müßte das vorlegende Gericht abweichen, da es eine Beanstandung der Firma in dem auf Eintragung des Gesellschafterwechsels gerichteten Verfahren für unzulässig hält.

III. Die weitere Beschwerde hat Erfolg. Die Vorinstanzen haben den Eintragungsantrag zu Unrecht aus den von ihnen angeführten Gründen abgelehnt.

1. Dem vorlegenden Oberlandesgericht ist darin zuzustimmen, daß das Amtsgericht die Eintragung des Gesellschafterwechsels nicht von der vorherigen Änderung der Firma abhängig machen dürfte.

a) Allerdings ist die Beschwerdeführerin seit dem Ausscheiden der beiden einzigen natürlichen Personen aus der Gesellschaft mit einer unzulässigen Firma im Handelsregister eingetragen. Die Lage ist insoweit bei einer offenen Handelsgesellschaft, an der weder unmittelbar noch mittelbar, d. h. als Gesellschafter der an der offenen Handelsgesellschaft beteiligten Gesellschaften,

eine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt ist, nicht anders zu beurteilen als bei einer Kommanditgesellschaft, deren einzige persönlich haftende Gesellschafterin eine GmbH ist und für die der Senat entschieden hat, daß das Fehlen einer natürlichen Person als persönlich haftenden Gesellschafters in der Firma kenntlich gemacht werden muß (BGHZ 62, 216, 226 ff; BGHZ 65, 103, 105). Der tragende Grund für diese Rechtsprechung, an der der Senat festhält, ist, daß bei der GmbH & Co. die Haftung für die Verbindlichkeiten des Unternehmens wie bei den Kapitalgesellschaften auf eine bestimmte Vermögensmasse beschränkt ist (BGHZ 62, 216, 227). Das ist auch bei einer offenen Handelsgesellschaft so, wenn neben einer persönlich haftenden GmbH zwar weitere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind, es sich bei diesen aber um Gesellschaften handelt, bei denen wiederum nur eine beschränkte Vermögensmasse für die Unternehmensverbindlichkeiten haftet. Wie bei einer solchen Gesellschaft der danach erforderliche Firmenzusatz aussehen muß, braucht nicht näher erörtert zu werden; die bisherige Firma "A [REDACTED] E [REDACTED] oHG" kann jedenfalls in der jetzigen Form nicht fortgeführt werden.

b) Gleichwohl steht dies der Eintragung des angemeldeten Gesellschafterwechsels nicht entgegen. Der Eintritt und das Ausscheiden von Gesellschaftern einer Personengesellschaft des Handelsrechts müssen nach §§ 107, 143 Abs. 2 HGB zum Handelsregister angemeldet werden. Das Registergericht darf und muß die Eintragung

solcher eintragungspflichtigen Tatsachen - abgesehen von formellen Hindernissen - nur dann ablehnen, wenn gegen die Wirksamkeit und Rechtsbeständigkeit der angemeldeten Rechtsverhältnisse oder gegen die rechtliche Zulässigkeit der Eintragung begründete Bedenken bestehen (vgl. Jansen FGG 2. Aufl. § 125 Rdn. 24).

Die durch den Gesellschafterwechsel verursachte Unzulässigkeit der bisherigen Firma hat aber jenen weder unwirksam noch seine Eintragung unzulässig gemacht. Das hat zur Folge, daß das Handelsregister, solange es noch den alten Gesellschafterbestand ausweist, unrichtig ist. Es muß deshalb durch Eintragung der angemeldeten Tatsachen wieder mit der wirklichen Rechtslage in Einklang gebracht werden. Das ist der Sinn der Anmeldepflicht, die, wenn ihr nicht freiwillig nachgekommen wird, das Registergericht im Zwangsverfahren nach §§ 14 HGB, 132 FGG nicht nur durchsetzen kann, sondern, wie das Oberlandesgericht zu Recht hervorhebt, sogar durchsetzen muß.

Die Eintragung des Gesellschafterwechsels zu unterlassen wäre auch kein taugliches Mittel gegen den durch die Unzulässigkeit der Firma eingetretenen Zustand. Die Firma wird nicht erst durch die Eintragung des Ausscheidens und des Eintritts der Gesellschafter unzulässig, sondern ist es bereits durch die - unabhängig von der Register- eintragung eingetretene - materiellrechtliche Änderung im Gesellschafterbestand geworden. Der seitdem vorhandene gesetzwidrige Zustand läßt sich deshalb nicht dadurch beseitigen, daß die materielle Rechtsänderung nicht eingetragen wird, sondern nur dadurch, daß gegen die Verwendung

und Eintragung der unzulässig gewordenen Firma nach §§ 37 Abs. 1 HGB, 140 FGG oder nach § 142 FGG eingeschritten wird. Freilich besteht die von der unzulässigen Firma ausgehende Gefahr, daß ein Außenstehender in seinem Vertrauen auf das Vorhandensein mindestens einer natürlichen Person als persönlich haftenden Gesellschafters enttäuscht wird, solange nicht, wie das Handelsregister noch den alten Gesellschafterbestand ausweist, weil sich die Gesellschafter dies nach § 15 Abs. 1 HGB entgegenhalten lassen müssen. Es kann aber nicht Aufgabe des Registergerichts sein, die von § 15 HGB vorausgesetzte, an sich unerwünschte Unrichtigkeit des Handelsregisters von sich aus aufrechtzuerhalten, um in einer bestimmten Interessenlage befindlichen Personen die Rechtswirkungen des § 15 HGB zukommen zu lassen. Deren berechnigte Interessen werden nicht durch den Gesellschafterwechsel, sondern durch die unzulässig gewordene Firma gefährdet. Diese Gefahr zu beseitigen ist Aufgabe der Verfahren nach §§ 140, 142 FGG und, solange sie nicht mit Erfolg durchgeführt sind, des materiellen Rechts (Frage der Rechtsscheinhafung). Das Handelsregister ist dagegen vor allem dazu da, die wirklichen Rechtsverhältnisse der kaufmännischen Unternehmen offenzulegen.

Die Eintragung einer wirklich vorhandenen, formell ordnungsgemäß zum Handelsregister angemeldeten Tatsache kann demnach entgegen der vom Oberlandesgericht Köln (aaO) vertretenen Auffassung nicht deswegen abgelehnt werden, weil mit Eintritt dieser Tatsache die eingetragene Firma unzulässig geworden ist (so für den Fall, daß die

Firma unabhängig von der einzutragenden Tatsache unzulässig ist, bereits Kammergericht OLGZ 1965, 124, 127 f.; zustimmend dazu Jansen aaO § 128 Rdn. 31; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan HGB 5. Aufl. § 37 Rdn. 10; Bokelmann, Das Recht der Firmen- und Geschäftsbezeichnungen, Rdn. 543).

2. Das Amtsgericht durfte die Eintragung auch nicht deswegen ablehnen, weil der Geschäftsführer der ihrerseits in der offenen Handelsgesellschaft geschäftsführungsberechtigten GmbH noch als Prokurist der offenen Handelsgesellschaft im Handelsregister eingetragen ist. Dazu bedarf es keiner Entscheidung der vom vorlegenden Oberlandesgericht erörterten und bejahten Frage, ob in einer GmbH & Co. oHG der alleinige Geschäftsführer der vertretungsberechtigten GmbH zugleich Prokurist der offenen Handelsgesellschaft sein kann. Diese Frage hat nur Bedeutung für den Fortbestand der Prokura. Der Eintritt der GmbH ist jedenfalls wirksam. Seine Eintragung konnte deshalb aus den gleichen Gesichtspunkten nicht abgelehnt werden, wie sie oben zu 1 b erörtert worden sind. Die Eintragungsfähigkeit einer wirklich vorhandenen Tatsache entfällt ebensowenig, wenn mit dem Eintritt dieser Tatsache das Register in anderer Hinsicht unrichtig, wie dann, wenn dadurch eine andere Eintragung - die der Firma - unzulässig werden würde.

3. Somit sind die von den Vorinstanzen gegen die beantragte Registereintragung erhobenen Bedenken ungegründet. Die angefochtenen Entscheidungen des Amtsgerichts und des Landgerichts sind daher aufzuheben.

Stempel Dr. Schulze Dr. Bauer

Richter am Bundes-
gerichtshof Bundschuh
kann urlaubshalber
nicht unterschreiben.

Stempel Dr. Skibbe