

liche Fallgestaltung gehandelt hätte, wäre dies dann auch durch eine entsprechende besondere Regelung zum Ausdruck gekommen.

ee) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde haben die Vorinstanzen sich auch zutreffend auf die Überlegung gestützt, daß der Auffassung der Ehefrau in ihrem Testament vom 2.10.1985, sie sei durch die Regelung in dem gemeinschaftlichen Testament vom 6.5.1971 auch ermächtigt, die Nacherbeneinsetzung nach ihrem vorverstorbenen Ehemann aufzuheben oder abzuändern, keine entscheidende Bedeutung zukommen kann. Denn abzustellen ist insoweit auf den übereinstimmenden Willen der Ehegatten zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments (*Palandt/Edenhofer Einf v § 2265 Rdnr. 12 m.w.N.*). Ergänzend durften die Vorinstanzen hier deshalb auch den Umstand berücksichtigen, daß die Ehefrau sich jedenfalls bei der Nachlaßverhandlung am 17.11.1972, also noch in einem näheren zeitlichen Zusammenhang mit der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments, auf eine entsprechende weitergehende Änderungsermächtigung nicht berufen hat. Schließlich läßt auch der Umstand, daß der Beteiligte zu 1 bereits einen Betrag von etwa 60.000 DM im Hinblick auf die Nacherbenstellung nach seinem Vater aus dessen Nachlaß von der Ehefrau erhalten haben soll, keine andere Beurteilung zu. Dieser Umstand kann allenfalls bei einer abschließenden Auseinandersetzung zwischen den Beteiligten über die Höhe des jeweiligen Anspruches gegen die verschiedenen Nachlässe der Ehegatten von Bedeutung sein.

12. HeimG § 14 Abs. 1 Satz 1 a. F.; BGB §§ 134, 2064, 1942, 1943 (*Mögliche Nichtigkeit einer testamentarischen Verfügung zugunsten des Heimträgers*)

Ist im Testament eines Heimbewohners der Träger des Altenheims als Erbe eingesetzt, so ist die letztwillige Verfügung wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Vorteilsernahme nur dann nichtig, wenn die Erbeinsetzung dem Heimträger bereits zu Lebzeiten des Erblassers bekannt war. Eine Verpflichtung, die Erbschaft auszuschlagen, besteht aufgrund des Heimgesetzes nicht.

BayObLG, Beschuß vom 28.6.1991 — BReg. 1 a Z 3/90 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die ledige und kinderlose Erblasserin ist 1985 im Alter von 72 Jahren in einem Krankenhaus verstorben. Sie lebte zuletzt in einem von der Beteiligten zu 1, einem Frauenorden, betriebenen Altenheim, in dem sie früher als Hausgehilfin tätig war. Der Beteiligte zu 2 ist ein Bruder der Erblasserin. Ein weiterer Bruder ist 1981, eine Schwester 1986 verstorben. Ob eine weitere Schwester der Erblasserin ebenfalls verstorben ist und Kinder hinterlassen hat, ist nicht ermittelt. Der aus Sparguthaben bestehende Reinnachlaß beläuft sich auf rund 28.735 DM.

Das Nachlaßgericht eröffnete am 30.11.1985 eine mit „Mein Testament“ überschriebene handschriftliche letztwillige Verfügung vom 5.5.1985, die mit dem Namen der Erblasserin unterzeichnet ist und wie folgt lautet:

Ich ... vererbe nach meinem Tode alle meine Sachen: wie Wäsche, Mobiliar und das noch vorhandene Geld einschließlich Sparbuch den ... (= Bet. zu 1).
DM 300.— sollen auf Hg Messen verwendet werden.

Die gesetzliche Vertreterin der Beteiligten zu 1 erklärte, daß die Erbschaft angenommen werde. Auf ihren Antrag bewilligte das Nachlaßgericht am 6.2.1986 einen Erbschein, demzufolge die Erblasserin von der Beteiligten zu 1 aufgrund Testaments vom 5.5.1985 allein beerbt worden sei. Eine Ausfertigung wurde an die Beteiligten zu 1 hinaus-

gegeben. Mit Schriftsatz vom 26.3.1986 beantragte der Beteiligte zu 2, den Erbschein einzuziehen und ihm einen Alleinerbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge zu erteilen.

Diese Anträge wies das Nachlaßgericht zurück.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde wies das Landgericht zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

1. ...

2. Die Beschwerdeentscheidung enthält insoweit keinen Rechtsfehler (§ 27 FGG, § 550 ZPO), als das Landgericht dargelegt hat, daß das Testament vom 5.5.1985 von der Erblasserin geschrieben wurde und daß diese im Zeitpunkt der Testamentserrichtung nicht testierunfähig war. ...

3. Von einem Rechtsfehler ist die Beschwerdeentscheidung indessen aus anderen Gründen beeinflußt. Das Landgericht hat nicht geprüft, welche rechtlichen Folgerungen hinsichtlich der Wirksamkeit des Testaments sich daraus ergeben können, daß die Trägerin des Altenheims als Erbin eingesetzt wurde, in dem die Erblasserin im Zeitpunkt der Testamentserrichtung aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung lebte.

a) Das Landgericht hat nicht in Erwägung gezogen, daß die letztwillige Verfügung der Erblasserin (§ 2064 BGB) wegen eines Verstoßes gegen § 14 des Gesetzes über Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige (Heimgesetz — HeimG) vom 7.8.1974 (BGBI I S. 1873) nichtig sein kann (§ 134 BGB). Hierin liegt eine Gesetzesverletzung im Sinn von § 27 FGG, § 550 ZPO, weil eine Norm nicht berücksichtigt oder übersehen wurde, der das zu beurteilende Rechtsverhältnis untersteht oder unterstehen kann (vgl. BayObLG FamRZ 1982, 634/635; *Keidel/Kuntze* Rdnr. 24, *Jansen* FGG 2. Aufl. Rdnr. 18, jeweils zu § 27).

aa) Gem. § 14 Abs. 1 Satz 1 HeimG in der bis 31.7.1990 geltenden Fassung (vgl. Art. 1 Nr. 14, Art. 5 Satz 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Heimgesetzes v. 23.4.1990, BGBI I S. 758) ist es dem Träger eines Altenheims (§ 1 Abs. 1 HeimG a. F.) untersagt, sich über das für die Unterbringung, Beköstigung und Pflege des Bewohners vereinbarte Entgelt hinaus Vermögensvorteile versprechen oder gewähren zu lassen, soweit es sich nicht um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt und sofern nicht die zuständige Behörde, nämlich das Landratsamt (vgl. § 1 Abs. 1 der bayerischen Verordnung über Zuständigkeiten nach dem Heimgesetz — ZustVHeimG — i. d. F. v. 30.11.1982, GVBI S. 986), eine Ausnahme zuläßt. Es handelt sich bei dieser Vorschrift um ein dem Schutz des Heimbewohners dienendes Verbotsgesetz (vgl. BVerwG NJW 1990, 2268; BGHZ 110, 235/240 zu § 14 Abs. 2 HeimG a. F., der dem Heimpersonal die Annahme von Vermögensvorteilen untersagt; *Gitter/Schmitt* Heimgesetz Anm. IV 4, *Gössling/Knopp* Heimgesetz 2. Aufl. Rdnr. 16, jeweils zu § 14). Ein hiergegen verstoßendes Rechtsgeschäft ist gem. § 134 BGB nichtig, obwohl es sich um ein einseitiges Verbot handelt, das sich nur gegen den Heimträger (und gem. § 14 Abs. 2 HeimG a. F. gegen das Heimpersonal) richtet, weil das Verbotsgesetz gerade dem Schutz des Heimbewohners dient (vgl. BGHZ 88, 240/243; 89, 369/373; 110, 235/240 [= MittBayNot 1990, 300]). Die Vorschrift soll

nach dem Zweck des Heimgesetzes (vgl. § 2 Abs. 1 HeimG a. F.) verhindern, daß unterschiedliche Vermögensverhältnisse der Bewohner mit unterschiedlicher Behandlung und Beachtung sowie sonstiger Bevorzugung oder Benachteiligung verknüpft werden (vgl. BT-Drucks. 7/180 S. 12); Heimbewohner sollen von dem Zwang befreit sein, für die Aufnahme in ein Heim und die ordnungsgemäße Betreuung zusätzlich zu dem Entgelt weitere Vermögensvorteile zu gewähren, um Benachteiligungen zu entgehen (BT-Drucks. a. a. O.). Dieser Schutz ist notwendig wegen der vielfältigen Möglichkeiten, die Heimträger und Heimpersonal haben, um auf die Lebenssituation des Heimbewohners Einfluß zu nehmen (BGHZ 110, 235/239 m. w. N.).

bb) Die Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Testaments sind im Erbrecht nicht abschließend geregelt, so daß auch die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs anwendbar sind und demzufolge testamentarische Verfügungen auch wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB nichtig sein können (MünchKomm/Leipold BGB 2. Aufl. Rdnr. 2 vor § 2064; Staudinger/Otte BGB 12. Aufl. Vorbem. zu §§ 2064–2086 Rdnr. 22). Somit gilt die Vorschrift des § 14 HeimG nicht nur für Verträge (vgl. zu § 14 Abs. 2 HeimG a. F. BGHZ 110, 235 ff.; zum Erbvertrag BayObLGSt 1986, 44/45; zur Schenkung BVerwGE 78, 357/363), sondern grundsätzlich auch für einseitige Rechtsgeschäfte wie die letztwillige Verfügung durch Testament (vgl. BVerwG NJW 1990, 2268; KG Beschuß v. 29. 10. 1979 AR (B) 103/79 — 2 Ws (B) 121/79; OVG Berlin Urteil v. 28. 3. 1989 4 B 7.89; Soergel/Stein BGB 11. Aufl. § 1923 Rdnr. 9; Gössling/Knopp § 14 Rdnr. 13; vgl. auch Kunz/Ruf/Wiedemann Heimgesetz 5. Aufl. Rdnr. 12 und Gitter/Schmitt Anm. IV 1, jeweils zu § 14; Ruf/Hütten BayVBI 1978, 37/41; Korbmacher Grundfragen des öffentlichen Heimrechts Diss. Berlin 1989 S. 42). Allerdings bedarf der sowohl in § 14 Abs. 1 als auch in § 14 Abs. 2 HeimG a. F. verwendete Begriff „sich gewähren lassen“ der Auslegung.

(1) Das Verbot des § 14 Abs. 1 HeimG a. F. berührt zum einen die allgemeine Handlungsfreiheit und die Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) des Heimträgers und des Heimbewohners in ihrer Eigenschaft als Beteiligte der Zuwendung und zum anderen den unter der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG stehenden Grundsatz der Testierfreiheit (vgl. BVerfGE 58, 377/378 und 67, 329/341; BGH NJW 1989, 2054 und BGHZ 111, 36/39). Gegen diese Vorschrift bestehen zwar keine verfassungsrechtlichen Bedenken (a. A. wohl Bischoff DÖV 1978, 201/203 f. und Korbmacher a. a. O. S. 183), weil die Testierfreiheit nicht unbeschränkt gilt (BGHZ 111, 36/39) und die Handlungsfreiheit nur in den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet ist, zu denen auch die Verbotsnorm des § 14 Abs. 1 HeimG a. F. gehört, weil sie im Rahmen ihres Schutzzwecks sozialstaatlich (vgl. Art. 20 Abs. 1 GG) gerechtfertigt ist (vgl. BVerwGE 78, 357/362 und BVerwG NJW 1990, 2268; BayVGH Urteil v. 24. 5. 1985 Nr. 9 B 81 A.2249; Gitter/Schmitt § 14 Anm. III 2). Diese verfassungsrechtlichen Bezüge verlangen aber eine enge Auslegung der Vorschrift und zwar insbesondere dann, wenn sie auf einseitige letztwillige Verfügungen Anwendung finden soll.

(2) Die Vorschrift des § 14 HeimG erfaßt nicht jede einseitige letztwillige Verfügung schlechthin (Korbmacher a. a. O. S. 142) im Sinn eines „globalen Erbschaftsverbots“ (vgl. Gitter/Schmitt a. a. O. Anm. IV 1 a. E.). Ein „sich gewähren lassen“ liegt vielmehr nur dann vor, wenn eine „Annahmerklärung“ des Empfängers der Zuwendung hinzukommt (vgl. KG Beschuß v. 29.10.1979 S. 5) und sich deshalb das

Eintreten eines Vermögensvorteils auf ein Einvernehmen zwischen dem Testierenden und dem Bedachten gründet (KG a. a. O.; vgl. auch BAGE 45, 325/320; OVG Berlin Urteil v. 28. 3. 1989 S. 11; Kunz/Ruf/Wiedemann Rdnr. 4, Dahlem/Giese/Igl/Klie Heimgesetz Rdnr. 12, jeweils zu § 14; Klie Altenpflege 1985, 10; Stach NJW 1988, 943/945; Korbmacher a. a. O. S. 144). In diesem Sinn wird der Begriff „sich gewähren lassen“ auch in der Vorschrift des § 138 Abs. 2 BGB verstanden, an den sich der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 14 HeimG angelehnt hat (vgl. BT-Drucks. 7/180 S. 15). An einem solchen Einverständnis oder Einvernehmen fehlt es aber, wenn der Heimträger von einem Heimbewohner bedacht wird, ohne daß er zu Lebzeiten des Testierenden hiervon Kenntnis erlangt hat (vgl. KG a.a.O. S. 7; Gitter/Schmitt § 14 Anm. V 2; Korbmacher a.a.O.; offengelassen vom OVG Berlin S. 12 u. vom BVerwG in NJW 1990, 2268).

(3) Der Senat schließt sich der fast einhellig (a. A. offenbar Soergel/Stein u. Ruf/Hütten, jeweils a. a. O.) vertretenen Auffassung an, eine einseitige letztwillige Verfügung sei dann nicht wegen eines Verstoßes gegen § 14 HeimG nichtig, wenn der Heimträger oder im Fall des Abs. 2 a. F. das Heimpersonal zu Lebzeiten des Testierenden nicht gewußt hat, daß sie als Erben oder Vermächtnisnehmer bedacht worden sind. Eine solche Auslegung des § 14 HeimG wird sowohl dem Zweck der Vorschrift als auch den berechtigten Belangen von Heimträger, Heimpersonal und Heimbewohner gerecht. Der Heimbewohner wird durch eine von ihm ohne Einvernehmen mit dem Bedachten verfügte Erbeinsetzung nicht beeinträchtigt, denn seine Verfügungsfreiheit bleibt nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich unberührt (KG a. a. O. S. 8; Kunz/Ruf/Wiedemann a. a. O. Rdnr. 12). Anders wäre es oft dann, wenn der Heimträger von einem Testament zu seinen Gunsten Kenntnis hat, weil sich dann der Heimbewohner gehindert fühlen könnte, später anderweitig zu verfügen. Ist von einer Erbeinsetzung des Heimträgers oder auch des Heimpersonals zu Lebzeiten des Testierenden nichts bekannt, so können auch andere Heimbewohner nicht befürchten, im Verhältnis zu diesem benachteiligt zu werden (vgl. BayVGH Urteil v. 24. 5. 1985 S. 6 f.). Andererseits gibt die Kenntnis der Erbeinsetzung zu Lebzeiten des Testierenden dem Heimträger die Möglichkeit, eine Ausnahmegenehmigung zu beantragen (vgl. § 14 Abs. 1 Satz 2 HeimG a. F.), die nachträglich nicht erteilt werden darf (BVerwGE 78, 357/359).

b) Auf der dargelegten Gesetzesverletzung beruht die Beschwerdeentscheidung. Die Möglichkeit, daß sie anders ausgefallen wäre, kann im Fall eines materiell-rechtlichen Mangels nicht ausgeschlossen werden, wenn die Sache noch nicht entscheidungsreif ist, weil sie vom materiell-rechtlichen Standpunkt des Rechtsbeschwerdegerichts aus der weiteren tatsächlichen Aufklärung bedarf (vgl. Jansen § 27 Rdnr. 28). Das ist hier der Fall. Den Aussagen der bisher vernommenen Zeuginnen kann nicht entnommen werden, daß dem Heimträger schon zu Lebzeiten der Erblasserin bekannt war, er sei als Erbe eingesetzt. Maßgebend wäre hierfür die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters (§ 166 Abs. 1 BGB; vgl. Palandt/Heinrichs BGB 50. Aufl. § 166 Rdnr. 2). Eine Kenntnis der im Altenheim tätigen Schwestern würde hierfür nicht ausreichen. Ob eine der Beteiligten zu 1 zu rechnebare Kenntnis vorlag, wird vom Landgericht geklärt werden müssen. Entgegen der Meinung des Beteiligten zu 2 reicht es nicht aus, daß die gesetzliche Vertreterin der Beteiligten zu 2 die Annahme der Erbschaft erklärt hat (§ 1943 BGB). Die Annahmeerklärung bewirkt den Verlust des Ausschlagungsrechts (MünchKomm/Leipold § 1943 Rdnr. 8) und beendet den Zeitraum, in dem der Erbe berechtigt ist, den

mit dem Tod des Erblassers eintretenden Übergang der Erbschaft auf ihn (§ 1922 Abs. 1 BGB) durch Ausschlagung mit Rückwirkung auf den Erbfall zu beseitigen (MünchKomm/Leipold a. a. O. Rdnr. 1). Allein aus der Erbschaftsannahme ein „sich gewähren lassen“ zu entnehmen mit der Folge einer Pflicht, die Erbschaft auszuschlagen, ginge über den Schutzzweck der Verbotsnorm des § 14 HeimG hinaus (vgl. KG a. a. O. S. 8). Eine solche besteht jedenfalls aufgrund des § 14 HeimG nicht (vgl. Kunz/Ruf/Wiedemann Rdnr. 12, Gitter/Schmitt Anm. V 2, Dahlem/Giese/lgl/Klfe Rdnr. 12, jeweils zu § 14; Korbmacher a. a. O. S. 145). Da die Annahme der Erbschaft nicht Voraussetzung des Erbschaftserwerbs ist (vgl. MünchKomm/Leipold § 1942 Rdnr. 2), läßt sich das Problem letztwilliger Verfügungen zugunsten Bediensteter von Altenpflegeeinrichtungen oder von Krankenhäusern und der gleichen nicht dadurch lösen, daß man beamten- oder tarifrechtlichen Vorschriften (vgl. § 43 BRRG, Art. 79 BayBG, § 70 BBG, § 10 BAT) ein gesetzliches Verbot der Annahme entnimmt (MünchKomm/Leipold § 1943 Rdnr. 11; a. A. Stach NJW 1988, 943/944). Nichts anderes kann für § 14 HeimG gelten.

4. Da sich die Beschwerdeentscheidung auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 27 FGG, § 563 ZPO), muß sie aufgehoben werden. Die Sache ist an das Landgericht zurückzuverweisen, da weitere tatsächliche Feststellungen erforderlich sind, die das Rechtsbeschwerdegericht nicht treffen darf.

B.

Handelsrecht einschließlich Registerrecht

13. HGB §§ 18, 19; BGB §§ 1416, 1450 (Firma eines zum Gesamtgut einer Gütergemeinschaft gehörenden Handelsgeschäfts)

Haben Eheleute Gütergemeinschaft mit gemeinschaftlicher Verwaltung des Gesamtgutes vereinbart und betreiben sie ein zum Gesamtgut gehörendes Handelsgeschäft, ohne daß ein Gesellschaftsvertrag besteht, so können sie die Firma aus ihren Vor- und Familiennamen mit der Voranstellung „Eheleute“ bilden; ein Zusatz „in Gütergemeinschaft“ ist zulässig, aber nicht notwendig.

BayObLG, Beschuß vom 25.7.1991 — BReg. 3 Z 16/91 — mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG und Dr. Herbert Schlierf, Notar in Kötzting

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten sind Eheleute. Bereits seit 1966 hatte der Ehemann eine Gaststätte betrieben. Im Jahre 1967 vereinbarten die Beteiligten mit notarieller Urkunde den Güterstand der Gütergemeinschaft und bestimmten, daß die Verwaltung des Gesamtgutes den Eheleuten gemeinsam zusteht. In der Folgezeit wurde die Gaststätte in einen Hotelbetrieb umgewandelt und von den Beteiligten gemeinsam betrieben.

Am 7.6.1990 meldeten sie beim Registergericht — auf Veranlassung der Industrie- und Handelskammer (IHK), nachdem festgestellt worden war, daß das Hotel einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert — zur Eintragung in das Handelsregister den Betrieb eines Hotels in Gütergemeinschaft an. Die Firma soll lauten: Hotel X. Eheleute Anton und Berta C.

Nach Durchführung eines Firmenmißbrauchsverfahrens wies das Registergericht unter Nr. 2 seines Beschlusses vom 28.11.1990 die Anmeldung auf Eintragung der Firma zurück, da die gewählte Firmenbildung unzulässig sei. Zwar sei der Firmenkern „Anton und Berta C.“ entsprechend § 18 Abs. 1 HGB ordnungsgemäß gebildet,

die Firma sei aber wegen des fehlenden Zusatzes „in Gütergemeinschaft“ mit einer offenen Handelsgesellschaft (OHG) verwechsungsfähig und somit insgesamt unzulässig. Den hiergegen eingelegten Erinnerungen halfen der Rechtsanwalt und der Richter nicht ab. Das Landgericht wies die Beschwerden als unbegründet zurück. Gegen diese Entscheidung richten sich die weiteren Beschwerden der Beteiligten. Die zuständige IHK hält die Firma auch ohne den Zusatz „in Gütergemeinschaft“ für zulässig.

Aus den Gründen:

Die zulässigen Rechtsmittel sind begründet. Nachdem das Firmenmißbrauchsverfahren formell rechtskräftig abgeschlossen war, konnte das Registergericht sachlich über die Anmeldung entscheiden (vgl. BayObLGZ 1988, 128 [= MittBayNot 1988, 191 = DNotZ 1989, 243]), ohne an die Entscheidung im Firmenmißbrauchsverfahren gebunden zu sein; denn diese erwächst nicht in materielle Rechtskraft (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler FGG 12. Aufl. § 135 Rdnr. 11, § 140 Rdnr. 23).

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Der Auffassung des Rechtsanwalt und der Richter werde beigetreten. Eine gegenteilige Meinung sei zwar vertretbar, sie müsse aber hinter dem Erfordernis der Registerklarheit zurücktreten. Die begrenzte Belastung, die in der Offenbarung der „persönlichen Verhältnisse“ der Eheleute liegen könne, müsse hingenommen werden.

Dieser Auffassung vermag der Senat nicht zu folgen. Durch den Abschluß des Gütergemeinschaftsvertrages im Jahre 1967 wurde das Vermögen der Eheleute eheliches Gesamtgut (§ 1415, 1416 BGB); dazu gehörte auch die vom Ehemann bis dahin allein betriebene Gaststätte, die später als Hotel X. weitergeführt und gemeinsam verwaltet wurde.

a) Bis zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgrundgesetzes am 1.4.1953 konnte ein Handelsgewerbe nicht in Gütergemeinschaft betrieben werden, auch wenn es zum Gesamtgut gehörte, weil es hierauf für die handelsrechtliche Inhaberschaft nicht ankommt. Inhaber einer Firma ist immer derjenige, der das Geschäft für eigene Rechnung und im eigenen Namen betreibt, wobei unerheblich ist, wem die Betriebsmittel gehören, wer der Eigentümer ist (vgl. BayObLGZ 1978, 5/6 [= MittBayNot 1978, 19 = DNotZ 1978, 437], Beck DNotZ 1962, 348, je m. w. N.). Bis zum 1.4.1953 wurde daher ein zum Gesamtgut gehörendes Handelsgeschäft nur vom damals immer alleinverwaltenden Ehemann (§ 1443 BGB a. F.) betrieben, wenn nicht ausnahmsweise die Ehefrau zum selbständigen Betrieb des Handelsgeschäfts nach §§ 1452, 1405 BGB a. F. berechtigt war. Das hatte beim alleinverwaltenden Ehegatten zur Folge, daß nur dieser als Inhaber in das Handelsregister eingetragen wurde. Die Firma war als die eines Einzelkaufmanns zu bilden (§ 18 HGB), falls es sich nicht um eine abgeleitete fortgeführte Firma (§ 22 HGB) handelte. Diese Grundsätze finden auch nach dem derzeitigen Rechtszustand Anwendung, wenn die Eheleute Gütergemeinschaft vereinbart und bestimmt haben, daß die Verwaltung des Gesamtgutes einem der Ehegatten zustehen soll (vgl. BayObLG a. a. O. S. 7).

b) Ehegatten, die den Güterstand der Gütergemeinschaft gewählt haben, können auch ein Handelsgeschäft, das zum Gesamtgut gehört (§ 1416 BGB), gemeinschaftlich betreiben, ohne gezwungen zu sein, eine Gesellschaft zu errichten. Führen sie das Unternehmen in gemeinschaftlicher Verwaltung des Gesamtgutes nach den §§ 1450 ff. BGB, so sind sie weder verpflichtet, einen Gesellschaftsvertrag abzuschließen, noch werden sie ohne ihren Willen dem Recht der offenen Handelsgesellschaft unterworfen. Die Güter-