

Rechtsprechungsübersicht zu Teil 1.3.

Zu Folie 4:

BGH NJW 1988, 1912

Aus den Gründen:

Das BerGer. erkennt zwar zutreffend, dass nach allgemeiner Meinung § 25 I HGB und § 419 BGB (*inzwischen aufgehoben*) nicht anwendbar sind, wenn der Konkursverwalter (*heute: Insolvenzverwalter*) das Unternehmen des Gemeinschuldners veräußert (BGHZ 66, 217 (228) = NJW 1976, 1398; BGH, NJW 1987, 1019 (1020) = BGHRBGBB § 419 Abs. 1 „Nachlassverwaltung 1“ - für den Nachlassverwalter; RGZ 58, 166; BAG, NJW 1966, 1984; Staub-Hüffer, HGB, 4. Aufl., § 25 Rdnr. 60; Baumbach-Duden-Hopt, HGB, 27. Aufl., § 25 Anm. 3 Cc; Schlegelberger-Hildebrandt, HGB, 5. Aufl., § 25 Rdnr. 8; Jäger-Henckel, KO, 9. Aufl., § 1 Rdnr. 16; Kuhn-Uhlenbruck, KO, 10. Aufl., § 1 Rdnr. 80e; Kilger, KO, 15. Aufl., § 1 Anm. 3 Cd). Indem das BerGer. maßgeblich darauf abstellt, zu der dem Sequester (*heute vergleichbar: vorläufiger Insolvenzverwalter*) obliegenden Verwaltung könne auch die Veräußerung von Vermögensgegenständen des Gemeinschuldners gehören, da auf diese Weise Geld zur gleichmäßigen Befriedigung der Konkursgläubiger hereinkomme, berücksichtigt es jedoch nicht ausreichend, dass Aufgaben und Stellung des Sequesters einerseits und des Konkursverwalters andererseits verschieden sind. Diese Unterschiede sind grundlegender Art und betreffen gerade diejenigen Gesichtspunkte, aus denen die herrschende Meinung letztlich ihre Rechtfertigung bezieht. Ausschlaggebend für die Nichtanwendbarkeit von § 25 I HGB und § 419 BGB auf Unternehmensveräußerungen durch den Konkursverwalter kann nämlich weder sein, dass sie - was auch auf den Sequester zuträfe - durch einen Amtswalter im Rahmen eines gerichtlich kontrollierten Verfahrens erfolgen (so aber anscheinend OLG Köln, WM 1987, 1047), noch dass sie der Masse einen Gegenwert zuführen (so jedoch Schlegelberger-Hildebrandt, § 25 Rdnr. 8). Es wäre nicht verständlich, warum § 25 I HGB und § 419 BGB, die keine Missbrauchstatbestände sind, allein deshalb nicht gelten sollten, weil die Veräußerung nicht durch den Schuldner persönlich, sondern durch einen gerichtlich kontrollierten Amtsträger geschieht, der die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse des Schuldners an dessen Stelle ausübt. Der zur Masse gelangende Gegenwert kann die Anwendbarkeit von § 25 I HGB und § 419 BGB schon deshalb nicht ausschließen, weil diese Vorschriften keine unentgeltliche Verfügung voraussetzen, sondern in beiden Fällen die Haftung des Erwerbers ungeachtet der von ihm erbrachten Gegenleistung neben diejenige des Veräußerers tritt. Die Beschränkung der Konkursgläubiger auf die Masse, auf die in diesem Zusammenhang zur Begründung teilweise hingewiesen wird (so u. a. in RGZ 58, 166), ist zwar ein Leitprinzip des Konkursrechts, gilt aber nur in bezug auf das Schuldnervermögen und verbietet nicht zwingend, dass die Gläubiger außerhalb des Konkursverfahrens Befriedigung aus dem Vermögen eines mithaftenden Dritten suchen. Schließlich vermag auch die Begründung nicht zu überzeugen, die im Konkursverfahren bestehenden Unterrichtungspflichten (§§ 11, 134 Nr. 1 KO) ersetzen die Bekanntmachung nach § 25 II HGB. Diese (vom BAG, NJW 1966, 1984 im übrigen auch nur ergänzend herangezogene) Argumentation ist weitgehend fiktiver Art und könnte auch allenfalls die Nichtanwendung des abdingbaren § 25 I HGB, nicht aber des zwingenden § 419 BGB erklären. Letztlich ausschlaggebend ist vielmehr, wie auch das BerGer. nicht zu verkennen scheint, dass die Anwendung von § 25 I HGB und § 419 BGB auf Veräußerungsgeschäfte des Konkursverwalters im Widerspruch zu den bestimmenden Grundsätzen des Konkursverfahrens und der dem Konkursverwalter darin

zugewiesenen Funktion stünde. Aufgabe des Konkursverwalters ist es, die Vermögensgegenstände des Gemeinschuldners zu verwerten und dabei im Interesse der Gläubiger den höchstmöglichen Erlös zwecks anschließender Verwertung zu erzielen. Mit dieser Aufgabe wäre es unvereinbar, wenn der Erwerber eines zur Masse gehörenden Unternehmens nach § 25 I HGB oder § 419 BGB haften müsste. Eine Veräußerung des Unternehmens mit sämtlichen Schulden, die zum Zusammenbruch des bisherigen Trägers geführt haben, wäre nur in den seltensten Fällen erreichbar. Der Konkursverwalter wäre deshalb in aller Regel darauf beschränkt, eine Verwertung des Schuldnervermögens durch Zerschlagung durchzuführen. Dies würde Sinn und Zweck des § 25 I HGB und vor allem des § 419 BGB, der den Gläubiger begünstigen soll, widersprechen (so vor allem Staub-Hüffer, § 25 Rdnr. 61; ähnliche Erwägungen finden sich u. a. auch in RGZ 58, 166, und BAG, NJW 1966, 1984; vgl. ferner die Regelung der Haftung für Steuerrückstände eines aus der Konkursmasse erworbenen Unternehmens in § 75 II AO 1977). Dieser die Unanwendbarkeit von § 25 HGB und § 419 BGB bei Unternehmensveräußerungen durch den Konkursverwalter letztlich rechtfertigende Gesichtspunkt trifft auf den Sequester nicht zu. Der BGH hat bereits mehrfach entgegen Bestrebungen von Teilen des insolvenzrechtlichen Schrifttums, die für möglichst umfassende Befugnisse des Sequesters eintreten (vgl. Castendieck, KTS 1978, 13; Kilger, in: Festschr. 100 Jahre Konkursordnung, S. 189, 193; Baur-Stürner, Rdnr. 977; Fricke, MDR 1978, 100), daran festgehalten, dass die Funktionen des Konkursverwalters und des Sequesters nicht miteinander vergleichbar sind (vgl. BGHZ 86, 190 (195 f.) = NJW 1983, 887; BGH, NJW-RR 1987, 1276 = WM 1987, 1228; BGHZ 97, 87 = NJW 1986, 1498; im gleichen Sinne im Schrifttum aber auch Kuhn-Uhlenbruck, § 106 Rdnr. 7; zurückhaltend jetzt auch Kilger, § 106 Anm. 4). Insbesondere gehört es weder zu den Rechten noch zu den Pflichten des Sequesters, das Vermögen des Schuldners zwecks Erhalt von Barmitteln zur Verteilung an die Gläubiger zu veräußern. Diese Aufgabe ist nach der eindeutigen Kompetenzzuweisung des § 117 KO allein dem Konkursverwalter vorbehalten. Die im Gesetz nicht näher geregelte Funktion des Sequesters beruht auf § 106 KO. Sie beschränkt sich folglich ausschließlich auf die Erhaltung und Sicherung des Schuldnervermögens für den - zu dieser Zeit keineswegs feststehenden - Fall einer späteren Eröffnung des Konkursverfahrens, ohne dass dem Sequester schon umfassende Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse zustehen (BGHZ 86, 190 (196) = NJW 1983, 887 m. w. Nachw.). Die Sequestration darf deshalb nicht als eine Art „Vorkonkurs“ und die Stellung des Sequesters nicht als diejenige eines „Vorkonkursverwalters“ verstanden werden (so nachdrücklich Kuhn-Uhlenbruck, § 106 Rdnr. 7). Im Hinblick auf die grundlegende Verschiedenheit der Funktionen von Sequester und Konkursverwalter hat der BGH ausgesprochen, dass die Sequestration das Prozeßführungsrecht des Schuldners unberührt lässt (Senat, NJW-RR 1987, 1276) und Rechtshandlungen des Sequesters nach Eröffnung des Konkursverfahrens genauso angefochten werden können als wären sie vom Gemeinschuldner selber vorgenommen worden, und zwar grundsätzlich auch dann, wenn der Konkursverwalter mit dem ehemaligen Sequester personengleich ist (BGHZ 86, 190 = NJW 1983, 887; BGHZ 97, 87 = NJW 1986, 1498). Auch das Wahlrecht nach § 17 KO steht dem Sequester nicht zu (BGHZ 97, 87 = NJW 1986, 1498). Infolge der Beschränkung des Sequesters auf vorläufige Sicherungs- und Erhaltungsmaßnahmen ist er grundsätzlich auch nicht zur Liquidierung eines dem Schuldner gehörenden Unternehmens (BGH, NJW 1961, 1304 ff.; Kuhn-Uhlenbruck, § 106 Rdnr. 13 a m. w. Nachw. in Rdnr. 13; Gerhardt, ZIP 1982, 7; zurückhaltend jetzt auch Kilger, § 106 Rdnr. 4) und deshalb auch nicht zu dessen Veräußerung berechtigt (vgl. Kuhn-Uhlenbruck, § 106 Rdnr. 13 a i. V. mit 13 c; Gerhardt, ZIP 1982, 7; LG Düsseldorf, NJW 1987, 2091 (2092); uneingeschränkt a. A. anscheinend nur Castendieck, KTS 1978, 14). Durch diese Maßnahme würde ein endgültiger Zustand geschaffen, zu dessen Herbeiführung der Sequester schon deshalb nicht befugt sein kann, weil die Voraussetzungen für die Eröffnung des Konkursverfahrens noch gar nicht geprüft sind. Ob eine Ausnahme zu rechtfertigen sein kann, wenn die Sicherung des Schuldnervermögens im Hinblick auf die als gewiss vorauszusehende Eröffnung des Konkursverfahrens dies zwingend gebietet, wozu allerdings nicht ausreichen

kann, dass das Unternehmen verlustbringend ist, kann dahinstehen, weil dies im vorliegenden Fall nicht geltend gemacht wird. Einer trotzdem vorgenommenen Unternehmensveräußerung könnte allenfalls die Zustimmung des Schuldners als des Rechtsträgers und - wenn auch aufgrund des mit der Sequestration verbundenen allgemeinen Veräußerungsverbots vorübergehend in der Ausübung dieser Befugnis beschränkten - Verfügungsberechtigten zur Wirksamkeit verhelfen. Eine Veräußerung des Unternehmens vor der Konkursöffnung während der Sequestration steht damit rechtlich einer Veräußerung durch den Schuldner näher als derjenigen durch den Konkursverwalter in Ausübung des ihm durch § 117 KO erteilten gesetzlichen Auftrags. Bei dieser Sachlage fehlt es an einer inneren Rechtfertigung, die Unternehmensveräußerung durch den Sequester mit Zustimmung des Schuldners unter dem Gesichtspunkt von § 25 I HGB und § 419 BGB derjenigen durch den Konkursverwalter gleichzustellen (a. A. LG Düsseldorf, NJW 1987, 2091; Kilger § 1 Anm. 3 Cd, die allerdings die Berechtigung der Gleichstellung der Veräußerung durch den Sequester mit derjenigen durch den Konkursverwalter nicht begründen, was vor allem an den Entscheidungsgründen des LG Düsseldorf, NJW 1987, 2091 deutlich wird, sowie OLG Köln, WM 1987, 1047 m. Anm. Rehbein, in: WuB VI C. § 106 KO 3.87, das sich lediglich auf den unzureichenden Gesichtspunkt stützt, auch bei der Veräußerung durch den Sequester mit Zustimmung des späteren Gemeinschuldners handele es sich um ein gerichtlich kontrolliertes Verfahren, das mit der Risikosituation des § 419 BGB nichts zu tun habe). Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn sich, wie im vorliegenden Fall, an die Sequestration nicht die Eröffnung des Konkursverfahrens anschließt, etwa weil sich herausstellt, dass die dafür erforderlichen Voraussetzungen (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung) nicht erfüllt sind, oder eine kostendeckende Masse nicht vorhanden ist. In diesem Falle ist das sequestrierte Vermögen nach Abzug der Kosten an den Schuldner zur freien Verfügung auszuhandigen. Die damit entstehende Situation entspricht vor allem auch im Hinblick auf die Stellung der Gläubiger in jeder Weise derjenigen bei Veräußerung des Unternehmens durch den Schuldner außerhalb eines Konkursverfahrens; es gibt deshalb keinen Grund, § 25 I HGB und § 419 BGB in einem solchen Falle nicht anzuwenden.

Ebenso für den Erwerb des Unternehmens vom Insolvenzverwalter ausdrücklich BAG NJW 2007, 942.

Zur Abgrenzung: § 25 HGB bleibt anwendbar bei der Übernahme eines Unternehmens von einem Rechtsträger, der vermögenslos, überschuldet oder hinsichtlich dessen das Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet wurde:

BGH NJW 1992, 911

Aus den Gründen:

Ebensowenig kann die Revision mit ihrem Einwand Erfolg haben, die Anwendung des § 25 I 1 HGB auf den vorliegenden Fall müsse bereits daran scheitern, dass diese Bestimmung nicht für den Erwerb eines Handelsgeschäfts vom Konkursverwalter gelte. Die Unanwendbarkeit des § 25 I 1 HGB auf Unternehmensveräußerungen durch den Konkursverwalter beruht, wie der Senat in seiner Entscheidung vom 11. 4. 1988 (NJW 1988, 1912 = LM § 106 KO Nr. 7 = WM 1988, 901) ausgeführt hat, maßgeblich auf dem Gesichtspunkt, dass die Aufgabe des Konkursverwalters, das Unternehmen im Interesse der Gläubiger an der bestmöglichen Verwertung der Masse im ganzen zu veräußern, nicht durch eine mögliche Haftung des Erwerbers für die Schulden des bisherigen Unternehmensträgers erschwert werden soll. Dieser durch die Besonderheiten des Konkursverfahrens bedingte Gesichtspunkt trifft auf die Übernahme des Unternehmens eines überschuldeten Rechtsträgers außerhalb eines Konkursverfahrens nicht zu. Dies gilt auch für den Fall, dass die Eröffnung des Konkurses in Ermangelung einer die Verfahrenskosten

deckenden Masse abgelehnt worden ist. Die in § [25 I](#) HGB vorgesehene Rechtsfolge setzt entgegen der Ansicht der Revision auch nicht voraus, dass das übernommene Unternehmen einen zur Befriedigung seiner Gläubiger ausreichenden Wert verkörpert.

BGH NJW-RR 2004, 1173

Aus den Gründen:

Nach der gefestigten Rechtsprechung des *Senats* (BGHZ 146, [374](#) = NJW 2001, [1352](#); 1992, [911](#) = ZIP 1992, [398](#) = WM 1992, [55](#)) ist die Firmenfortführung beim Wechsel des Inhabers deswegen eine der Voraussetzungen für die Auslösung der Haftung nach § [25 I](#) 1 HGB, weil in ihr die Kontinuität des Unternehmens nach außen in Erscheinung tritt, welche der tragende Grund für die Erstreckung der Haftung für früher im Betrieb des Unternehmens begründete Verbindlichkeiten des Vorgängers auf seinen Nachfolger ist. Dabei ist die Frage, ob eine Firmenfortführung vorliegt, aus der Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise zu beantworten, für die allein entscheidend ist, dass die unter dem bisherigen Geschäftsinhaber tatsächlich geführte und von dem Erwerber weiter geführte Firma eine derart prägende Kraft besitzt, dass der Verkehr sie mit dem Unternehmen gleichsetzt und in dem Verhalten des Erwerbers eine Fortführung der bisherigen Firma sieht. Dass die alte Firma nicht unverändert fortgeführt wird, ist unerheblich, sofern der prägende Teil der alten in der neuen Firma beibehalten ist und deswegen die mit dem jeweiligen Unternehmen in geschäftlichem Kontakt stehenden Kreise des Rechtsverkehrs die neue Firma noch mit der alten identifizieren.

BGH NJW 2006, 1001

- 1. Die Firmenfortführung beim Wechsel des Inhabers ist eine der Voraussetzungen für die Haftung nach § [25 I](#) 1 HGB, weil in ihr die Kontinuität des Unternehmens nach außen in Erscheinung tritt, die der Grund für die Erstreckung der Haftung für früher im Betrieb des Unternehmens begründete Verbindlichkeiten des Vorgängers auf seinen Nachfolger ist.**
- 2. Eine für die Anwendbarkeit des § [25 I](#) 1 HGB weiter erforderliche Unternehmensfortführung ist nach der maßgeblichen Sicht der beteiligten Verkehrskreise gegeben, wenn ein Unternehmen in seinem wesentlichen Bestand fortgeführt wird. Dabei kommt es auf die bloße Tatsache der Geschäftsfortführung an, nicht darauf, ob ihr ein rechtsgeschäftlicher, derivativer Erwerbsvorgang zu Grunde liegt.**
- 3. Eine Firmenfortführung ist nach der auch hier maßgebenden Sicht des betroffenen Verkehrs anzunehmen, wenn die von dem bisherigen Inhaber tatsächlich geführte und von dem Erwerber weitergeführte Firma eine derart prägende Kraft besitzt, dass der Verkehr sie mit dem Unternehmen gleichsetzt und in dem Verhalten des Erwerbers eine Fortführung der bisherigen Firma sieht. Dabei genügt es, dass der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird.**
- 4. Die Tatsache, dass ein zahlungsunfähiges und insolventes Unternehmen fortgeführt wird, steht der Anwendung des § [25 I](#) 1 HGB nicht entgegen.**
- 5. Die Haftung nach § [25 I](#) 1 HGB tritt unabhängig davon ein, ob das übernommene und fortgeführte Unternehmen noch einen zur Befriedigung seiner Gläubiger ausreichenden Wert verkörpert.**

BGH, *Versäumnisurteil* vom 28. 11. 2005 - II ZR 355/03 (*OLG Hamm*)

Zum Sachverhalt:

Der Kl. nimmt die Bekl. gem. § [25 I](#) HGB auf Bezahlung von - der Höhe nach unstreitigen - Vergütungsansprüchen aus anwaltlicher Vertretung der P-GmbH & Co. KG (im Folgenden: KG) in Anspruch. Die KG betrieb seit September 1984 in einer gemieteten Halle eine Diskothek mit Gastronomie. Nachdem ihr wegen Mietrückstands gekündigt worden war, gab sie die Mieträume am 15. 11. 1999 an die Vermieterin heraus. Diese vermietete die Räumlichkeiten noch am selben Tag an die Getränkefirma, die die Diskothek beliefert hatte. Die Getränkefirma schloss ebenfalls noch am 15. 11. 1999 mit der bekl. eingetragenen Kauffrau, deren Ehemann Gesellschafter der - inzwischen im Handelsregister gelöschten - KG war und die seit 1985 leitende Angestellte dieser Gesellschaft gewesen war, einen Untermietvertrag. Seit diesem Tag hat die Bekl. die Diskothek in derselben Weise und in demselben Umfang betrieben, wie sie vorher von der KG geführt worden war. Die Bekl. hat das Inventar der Diskothek, das Sicherungseigentum einer Brauerei war, weiter benutzt und den Telefonanschluss, die Telefonanlage, das Faxgerät, die EDV-Anlage und den Warenbestand der KG sowie 90 der 220 Mitarbeiter übernommen und den Betrieb ohne Unterbrechung und im Einverständnis mit der KG unter deren Kurzbezeichnung „P“ weitergeführt.

Das LG hat die auf Zahlung von 21 121,69 Euro nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen, das OLG hat ihr bis auf einen Teil der Zinsforderungen stattgegeben. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

[4]Über die Revision ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden, weil der Kl. im Verhandlungstermin trotz dessen rechtzeitiger Bekanntgabe nicht vertreten war. Die Entscheidung beruht inhaltlich jedoch nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (BGHZ 37, [79 \[82\]](#) = NJW 1962, [1149](#)).

[5]Die Revision des Streithelfers der Bekl. ist nicht begründet.

[6]Das BerGer. hat die Bekl. mit Recht für verpflichtet gehalten, die gegen die KG begründeten Vergütungsforderungen des Kl. zu bezahlen. Die Voraussetzungen des § [25 I 1](#) HGB liegen vor. Die Bekl. hat das Handelsgeschäft der KG unter Lebenden erworben und unter der Firma der KG fortgeführt.

[7]1. Nach der gefestigten Rechtsprechung des *Senats* ist die Firmenfortführung beim Wechsel des Inhabers deswegen eine der Voraussetzungen für die Auslösung der Haftung nach § [25 I 1](#) HGB, weil in ihr die Kontinuität des Unternehmens nach außen in Erscheinung tritt, welche der tragende Grund für die Erstreckung der Haftung für früher im Betrieb des Unternehmens begründete Verbindlichkeiten des Vorgängers auf seinen Nachfolger ist (vgl. NJW-RR 2004, [1173](#) = ZIP 2004, [1103 \[1104\]](#) m.w. Nachw.). Die Vorschrift greift danach ein, wenn zwar der Unternehmensträger wechselt, das Unternehmen selbst aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs aber im Wesentlichen unverändert unter der alten Firmenbezeichnung fortgeführt wird. Das ist hier der Fall.

[8]a) Zu Recht nimmt das BerGer. an, dass die Bekl. das Unternehmen der KG unter Lebenden erworben und fortgeführt hat.

[9]Von Unternehmensfortführung geht der maßgebliche Verkehr aus, wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt wird, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden (vgl. *Senat*, NJW 1984, [1186 \[1187\]](#); NJW 1992, [991](#) = ZIP 1992, [398 \[399\]](#));

BGH, NJW 1986, [581](#); *OLG München*, BB 1996, [1682](#) [[1683](#)]; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1998, [965](#)). Dabei kommt es nur auf die bloße Tatsache der Geschäftsfortführung an, nicht hingegen darauf, ob ihr ein rechtsgeschäftlicher, derivativer Erwerb zu Grunde liegt (*Senat*, NJW 1992, [911](#) = ZIP 1992, [398](#) [[400](#)] m.w. Nachw.; *BGH*, NJW 1986, [581](#)).

[10]Die Bekl. hat das Unternehmen der KG in diesem Sinne übernommen und fortgeführt. Sie hat unstreitig ohne zeitliche Unterbrechung den Betrieb der KG unter Übernahme der Räumlichkeiten samt Inventar und kommunikationstechnischen Einrichtungen sowie der Lieferantenbeziehungen und eines Teils der Mitarbeiter der KG fortgesetzt.

[11]b) Ebenfalls zutreffend ist die Auffassung des BerGer., dass die Bekl. den Diskothekbetrieb der KG unter deren Firma fortgeführt hat.

[12]Aus der - maßgebenden - Sicht der beteiligten Verkehrskreise ist eine Firmenfortführung anzunehmen, wenn die von dem bisherigen Geschäftsinhaber tatsächlich geführte und von dem Erwerber weitergeführte Firma eine derart prägende Kraft besitzt, dass der Verkehr sie mit dem Unternehmen gleichsetzt und in dem Verhalten des Erwerbers eine Fortführung der bisherigen Firma sieht (*Senat*, NJW-RR 2004, [1173](#) = ZIP 2004, [1103](#) [[1104](#)] m.w. Nachw.). Dabei kommt es nicht darauf an, dass die alte Firma unverändert fortgeführt wird; es genügt, dass der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird (*Senat*, NJW-RR 2004, [1173](#) = ZIP 2004, [1103](#) [[1104](#)]). Danach liegt hier Firmenfortführung vor. Der prägende Teil der Firma der KG bestand in der Buchstaben-Zahlen-Kombination „P“, unter der die Diskothek so eingeführt und bekannt war, dass für die Bekl. nach ihrem Vortrag in einem anderen Rechtsstreit ein Erwerb des Unternehmens ohne diese Bezeichnung nicht in Frage gekommen wäre. Die Firma der Bekl. enthält genau diese, dem Verkehr als Kurzbezeichnung für den Diskothekbetrieb bekannte Buchstaben- und Zahlenfolge. Das reicht zur Annahme einer Firmenfortführung aus.

[13]c) Demgegenüber beruft sich die Revision ohne Erfolg darauf, dass die Anwendbarkeit von § [25](#) HGB kraft teleologischer Reduktion hier ausscheiden müsse, jedenfalls aber der Kl. von der Anwendbarkeit dieser Vorschrift auszunehmen sei.

[14]Dass die KG insolvent ist, rechtfertigt es nicht, den Kl. so zu behandeln, als habe die Bekl. das Unternehmen in der Insolvenz erworben (vgl. *Senat*, NJW 1992, [991](#) = ZIP 1992, [398](#) [[399](#)] m.w. Nachw.). § [25](#) HGB findet hinsichtlich der Verbindlichkeiten der KG gegenüber dem Kl. Anwendung, obwohl diesem bei Begründung seiner Honorarforderungen bekannt war, dass die KG erhebliche Verbindlichkeiten hatte und weitgehend vermögenslos war. Die Revision verkennt, dass § [25 I 1](#) HGB eine typisierende Vorschrift ist, die die Haftung des Nachfolgers für Verbindlichkeiten des Vorinhabers allein an die durch Fortführung von Unternehmen und Firma nach außen zum Ausdruck kommende Unternehmenskontinuität knüpft. Die Haftung des Nachfolgers tritt deshalb unabhängig davon ein, ob das übernommene Unternehmen noch einen zur Befriedigung seiner Gläubiger ausreichenden Wert verkörpert (*Senat*, NJW 1992, [991](#) = ZIP 1992, [398](#)).

[15]2. Die Ansprüche des Kl. sind nicht verjährt.

[16]Die Revision ist zu Unrecht der Auffassung, die unstreitig am 31. 12. 2001 ablaufende Verjährungsfrist sei durch das am 3. 12. 2001 eingegangene Mahngesuch des Kl. nicht unterbrochen worden. Der Mahnbescheid ist zwar erst am 7. 3. 2002 zugestellt worden. Das BerGer. hat jedoch mit Recht angenommen, dass die Zustellung damit noch „demnächst“ i.S. des

§ 693 ZPO a.F. vorgenommen wurde, weil ihre Verzögerung auf vom Kl. nicht zu vertretenden Umständen beruhte. Das BerGer. hat in der Angabe der Geschäftsanschrift der Bekl. statt der Privatadresse ihrer Inhaberin mit Recht keine vom Kl. zu vertretende Nachlässigkeit gesehen. Der Kl. hat sich, wie das BerGer. mit Tatbestandswirkung festgestellt hat, unwidersprochen darauf berufen, dass das Geschäftslokal der Bekl. nach der früheren Übung zu den üblichen Zustellzeiten der Post besetzt gewesen sei.

Dazu die Urteilsbesprechung von K. Schmidt in JuS 2006, 657:

Einführung in die Probleme

Die Forderungen des Kl. aus dem Anwaltsvertrag waren eindeutig gegen die im Handelsregister gelöschte Kommanditgesellschaft begründet, falls diese noch bestand. Eine Haftung der Bekl. konnte sich aus § 25 I 1 HGB ergeben. Diese Bestimmung gehört zu den schwierigsten und umstrittensten im HGB. Die Beurteilung reicht von einer Verurteilung des § 25 I 1 als einer Norm „ohne einleuchtenden Gerechtigkeitsgehalt“ bis hin zu ihrer Würdigung als einer zentralen Handelsrechtsnorm. Die Fundamentalkritik geht dahin, dass die Haftung des Kaufmanns für Schulden des Vorgängers (hier: der KG) „Zufallsgeschenke an die Altgläubiger“ generiere und „häufig zu widersinnigen und kontraproduktiven Ergebnissen“ führe. Einfach gesprochen: Wenn *G* von *S* Zahlung verlangen kann, warum soll plötzlich *X* für diese Verbindlichkeit des *S* haften? Die Gegenauffassung (Kontinuitätstheorie) steht auf dem Standpunkt, dass § 25 I 1 HGB Ausdruck einer Unternehmenskontinuität ist. Die Vorschrift kompensiert nach dieser Auffassung die Rechtsunfähigkeit des Unternehmens, indem sie zum Unternehmen gehörende Schulden, Ansprüche und Rechtsverhältnisse dem jeweiligen Unternehmensträger zuweist: Wenn dasselbe Unternehmen des *S* von *X* fortgeführt wird, folgen nach dieser Auffassung die Schulden, Rechte und Rechtsverhältnisse dem Unternehmen. Der Altunternehmer *S* unterliegt nach § 26 HGB nur noch einer zeitlich begrenzten Nachhaftung. Dieses Konzept ist jüngst durch die österreichische Handelsrechtsreform in das HGB-Nachfolgegesetz (Unternehmensgesetzbuch) übernommen worden. Für die Anwendung der unveränderten §§ 25ff. HGB ist es umstritten geblieben. Das gilt insbesondere für die provozierende These, dass es ganz auf die Unternehmensfortführung ankommt, während die Firmenfortführung (Fortführung des Firmennamens) keine entscheidende Bedeutung habe. Durchgesetzt hat sich allerdings die Auffassung, dass jedenfalls der entscheidende Rechtsgrund für die Haftung aus § 25 I 1 HGB in der Unternehmensfortführung (Unternehmensträgerwechsel) und nicht in der Firmenfortführung liegt. Die Haftungsvoraussetzungen des § 25 I 1 HGB sind:

- das Vorhandensein eines (handelsgewerblichen) Unternehmens;
- die Fortführung dieses Unternehmens durch einen neuen Unternehmensträger (Unternehmensträgerwechsel);
- mindestens nach dem Gesetzeswortlaut auch Weiterführung des Firmennamens.

Darstellung und Analyse

1. Das Vorhandensein eines kaufmännischen Unternehmens stand hier außer Frage (zuvor war als Trägerin des Unternehmens eine KG nach §§ 1, 105, 161 HGB eingetragen).

2. Den Unternehmensträgerwechsel stellt man sich meistens als Unternehmenskauf (asset deal) oder Einbringung des Unternehmens in eine Gesellschaft (Sachgründung) vor. Aber das muss nicht sein. Es kam nur darauf an, dass die Bekl. die Diskothek der KG fortgeführt hatte

(und nicht etwa bloß in den gemieteten Räumen ein neues Unternehmen gegründet hatte). Dazu führt der *Senat* aus (vgl. Leitsatz Nr. 2):

„Von Unternehmensfortführung geht der maßgebliche Verkehr aus, wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt wird, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden ... Dabei kommt es nur auf die bloße Tatsache der Geschäftsführung an, nicht hingegen darauf, ob ihr ein rechtsgeschäftlicher, derivativer Erwerb zu Grunde liegt (*Senat*, NJW 1992, [911](#) = ZIP 1992, [398](#) [[400](#)] m.w. Nachw.; *BGH*, NJW 1986, [581](#)). Die Bekl. hat das Unternehmen der KG in diesem Sinne übernommen und fortgeführt. Sie hat unstreitig ohne zeitliche Unterbrechung den Betrieb der KG unter Übernahme der Räumlichkeiten samt Inventar und kommunikationstechnischen Einrichtungen sowie der Lieferantenbeziehungen und eines Teils der Mitarbeiter der KG fortgesetzt“.

3. a) Allerdings verlangt der *Senat* in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut und der h.M. außer der Unternehmensfortführung eine Fortführung auch der Firma (vgl. Leitsatz Nr. 1). Dazu führt er aus:

„Nach der gefestigten Rechtsprechung des *Senats* ist die Firmenfortführung beim Wechsel des Inhabers deswegen eine der Voraussetzungen für die Auslösung der Haftung nach § [25 I 1](#) HGB, weil in ihr die Kontinuität des Unternehmens nach außen in Erscheinung tritt, welche der tragende Grund für die Erstreckung der Haftung für früher im Betrieb des Unternehmens begründete Verbindlichkeiten des Vorgängers auf seinen Nachfolger ist (vgl. NJW-RR 2004, [1173](#) = ZIP 2004, [1103](#) [[1104](#)] m.w. Nachw.). Die Vorschrift greift danach ein, wenn zwar der Unternehmensträger wechselt, das Unternehmen selbst aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs aber im Wesentlichen unverändert unter der alten Firmenbezeichnung fortgeführt wird. Das ist hier der Fall“.

b) In der Annahme einer Firmenfortführung ist der *Senat* aber, wie schon in anderen Fällen, außerordentlich großzügig:

„Aus der - maßgebenden - Sicht der beteiligten Verkehrskreise ist eine Firmenfortführung anzunehmen, wenn die von dem bisherigen Geschäftsinhaber tatsächlich geführte und von dem Erwerber weitergeführte Firma eine derart prägende Kraft besitzt, dass der Verkehr sie mit dem Unternehmen gleichsetzt und in dem Verhalten des Erwerbers eine Fortführung der bisherigen Firma sieht (*Senat*, NJW-RR 2004, [1173](#) = ZIP 2004, [1103](#) [[1104](#)] m.w. Nachw.). Dabei kommt es nicht darauf an, dass die alte Firma unverändert fortgeführt wird; es genügt, dass der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird (*Senat*, NJW-RR 2004, [1173](#) = ZIP 2004, [1103](#) [[1104](#)]). Danach liegt hier Firmenfortführung vor. Der prägende Teil der Firma der KG bestand in der Buchstaben-Zahlenkombination ‚P‘, unter der die Diskothek so eingeführt und bekannt war, dass für die Bekl. nach ihrem Vortrag in einem anderen Rechtsstreit ein Erwerb des Unternehmens ohne diese Bezeichnung nicht in Frage gekommen wäre. Die Firma der Bekl. enthält genau diese, dem Verkehr als Kurzbezeichnung für den Diskothekenbetrieb bekannte Buchstaben- und Zahlenfolge. Das reicht zur Annahme einer Firmenfortführung aus“.

4. Abschließend begründet der *Senat* noch die aus den Leitsätzen Nr. 4 und 5 ersichtlichen Elemente seines Urteils:

„Dass die KG insolvent ist, rechtfertigt es nicht, den Kl. so zu behandeln, als habe die Bekl. das Unternehmen in der Insolvenz erworben (vgl. *Senat*, NJW 1992, [991](#) = ZIP 1992, [398](#) [[399](#)] m.w. Nachw.). § [25 I](#) HGB findet hinsichtlich der Verbindlichkeiten der KG gegenüber dem Kl. Anwendung, obwohl diesem bei Begründung seiner Honorarforderungen bekannt war, dass die KG erhebliche Verbindlichkeiten hatte und weitgehend vermögenslos war. Die Revision verkennt, dass § [25 I](#) 1 eine typisierende Vorschrift

ist, die die Haftung des Nachfolgers für Verbindlichkeiten des Vorinhabers allein an die durch Fortführung von Unternehmen und Firma nach außen zum Ausdruck kommende Unternehmenskontinuität knüpft. Die Haftung des Nachfolgers tritt deshalb unabhängig davon ein, ob das übernommene Unternehmen noch einen zur Befriedigung seiner Gläubiger ausreichenden Wert verkörpert (*Senat*, NJW 1992, [991](#) = ZIP 1992, [398](#))“.

Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

1. § [25 I](#) 1 HGB ist unmittelbarer und zentraler Gegenstand der handelsrechtlichen Ausbildung. Die Problematik der Bestimmung muss bekannt sein, ebenso die immer großzügigere Behandlung des Merkmals „Firmenfortführung“ in der Rechtsprechung.

2. Die Bedeutung für die Praxis ist groß. Studierende werden vermutlich vor allem an Ansprüche und Klagen aus § [25 I](#) 1 HGB (wie hier) denken. Aber mindestens ebenso groß sind die Folgen für die Gestaltungspraxis, die eine Haftung nach § [25 I](#) 1 HGB vermeiden muss.

Zur Übung: *Oetker*, HandelsR, 4. Aufl. (2004), S. 99ff.; *Zerres*, „Inhaberwechsel und haftungsrechtliche Konsequenzen“, Jura 2006, [253](#).

Zur Vertiefung: *K. Schmidt*, HandelsR, 5. Aufl. (1999), § 8 I u. II; *ders.*, „Unternehmenskontinuität und Erwerberhaftung nach § [25 I](#) HGB“, ZGR 1992, [621](#).

Karsten Schmidt

BGH NJW-RR 2009, 820:

(Volltext)

Zur Frage der Fortführung eines Handelsgeschäfts i.S. von § 25 I 1 HGB durch eine sukzessiv erfolgende Übernahme des Unternehmens und Fortführung desselben unter Beibehaltung der prägenden Firmenbestandteile.

BGH, Urteil vom 24. 9. 2008 - VIII ZR 192/06 (OLG Hamm)

Zum Sachverhalt:

Die Kl. nimmt die unter der Bezeichnung „Fussbodenbau Salur-GmbH“ firmierende Bekl. auf Bezahlung von Warenlieferungen nach den Grundsätzen der Haftung für eine Firmenfortführung in Anspruch. Die Kl. stand mehrere Jahre lang mit der Industrie-Böden Salur-GmbH (im Folgenden: IB) in Geschäftsbeziehung. Nach Gründung der Bekl. im August 2003 unterhielt die Kl. auch Geschäftsbeziehungen zu dieser. Sowohl die Bekl. als auch die IB stellen bzw. stellten Industrieböden her. Beide Unternehmen waren unter derselben Adresse ansässig und hatten dieselben Telefon- und Faxnummern sowie denselben Geschäftsführer und Gründungsgesellschafter S. Ferner waren mindestens drei Mitarbeiter der IB für die Bekl. tätig. Beide Unternehmen unterhielten jedoch eigene Bankverbindungen. Sie sind fast eineinhalb Jahre parallel nebeneinander am Markt werbend tätig gewesen und hatten eigene Aufträge. Die IB kaufte von der Kl. in den Jahren 2003 und 2004 mehrere Tonnen Stahldrahtfaser im Gesamtwert

von 20995,63 Euro. Eine Bezahlung der Waren erfolgte nicht. Die IB stellte ihre Geschäfte zum 30. 6. 2004 ein. Über ihr Vermögen ist durch Beschluss vom 15. 11. 2004 das Insolvenzverfahren eröffnet worden.

Das LG hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt. Auf die Berufung der Bekl. hat das OLG die Klage abgewiesen. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

[7]I. Das BerGer. hat im Wesentlichen ausgeführt:

[8]Die Bekl. hafte nicht für die Forderung der Kl. gegen die IB gem. § 25 I 1 HGB, da die Bekl. weder das Handelsgeschäft noch die Firma der IB fortgeführt habe.

[9]Der Erwerber eines Handelsgeschäfts hafte gem. § 25 HGB, wenn es trotz des Erwerbs nach außen so wirke, als ob ein Unternehmen kontinuierlich am Markt bleibe. Dies sei hier nicht der Fall, da beide Unternehmen zeitweilig ihre Geschäftstätigkeit parallel ausgeübt hätten. Entscheidend sei, dass die IB seit Gründung der Bekl. im August 2003 auf demselben Geschäftsfeld werbend tätig geblieben sei und auch nicht unerhebliche Umsätze, wenn auch geringere als zuvor, erzielt habe. Der Rechtsverkehr habe von zwei konkurrierenden Unternehmen ausgehen müssen.

[10]Auch fehle es an der Fortführung der Firma der IB. Der Rechtsverkehr habe über ein Jahr beide Firmen parallel am Markt gekannt, was der Fortführung einer einzigen Firma widerspreche. Im Übrigen seien die benutzten Worte zu unterschiedlich, als dass von einer einzigen Firma ausgegangen werden könne.

[11]II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Kl. steht gegen die Bekl. ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises von 20995,63 Euro gem. § 433 BGB i.V. mit § 25 I 1 HGB aus den Warenlieferungen an die IB zu. Zu Unrecht verneint das BerGer. die Haftung der Bekl. für die Forderung der Kl. gem. § 25 I 1 HGB. Die Bekl. hat das Handelsgeschäft der IB unter Lebenden erworben und es unter deren Firma fortgeführt.

[12]Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH greift die Haftung gem. § 25 I 1 HGB ein, wenn zwar der Unternehmensträger wechselt, das Unternehmen selbst aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs aber im Wesentlichen unverändert unter der alten Firmenbezeichnung fortgeführt wird (BGH, NJW 2006, 1002 Rdnr. 7). So ist es hier.

[13]1. Von einer Unternehmensfortführung geht der maßgebliche Verkehr aus, wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt wird, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden (BGH, NJW 2006, 1002 Rdnr. 9). Entgegen der Auffassung der Bekl. kommt es für den Erwerb i.S. von § 25 I HGB auch nicht darauf an, ob ein rechtsgeschäftlicher, derivativer Erwerb zu Grunde liegt. Erforderlich ist nur die bloße Tatsache der Geschäftsfortführung (BGH, NJW 2006, 1002 Rdnr. 9; NJW 1992, 911 unter III 2). Die Bekl. hat das Handelsgeschäft der IB im vorgenannten Sinne übernommen und fortgeführt.

[14]a) Nach den insoweit unangegriffenen Tatsachenfeststellungen des LG, auf die sich das BerGer. beruft, haben die Bekl. und die IB denselben Unternehmensgegenstand, nämlich die Herstellung von Industrieböden; sie benutzten dieselben Betriebsräumlichkeiten (inkl. der Bü-

roorganisation) und Fax- und Telefonanschlüsse, ferner hat die Bekl. zumindest drei Angestellte der IB übernommen. Darüber hinaus warb die Bekl., obwohl sie selbst erst im August 2003 gegründet wurde, auch gegenüber Kunden der IB mit ihrer langjährigen Fachkompetenz und verwies auf Referenzobjekte, die die IB erstellt hatte.

[15]b) Der Unternehmensfortführung der IB durch die Bekl. steht auch nicht - anders als das BerGer. meint - entgegen, dass die IB und die Bekl. vom Zeitpunkt der Gründung der Bekl. im August 2003 bis zur Aufgabe des Geschäftsbetriebs durch die IB zum 30. 6. 2004 etwa ein Jahr lang parallel auf dem Markt werbend tätig blieben. Auch eine sukzessiv erfolgende Unternehmensübernahme kann eine Fortführung des Handelsgeschäfts i.S. von § 25 I HGB sein.

[16]Maßgeblich dafür ist, ob sich für den Rechtsverkehr die Betätigung des übernehmenden Unternehmens als Weiterführung des ursprünglichen Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand darstellt (vgl. BGH, NJW 1992, 911 unter III 1 m.w. Nachw.). Dies war hier, wie ausgeführt, der Fall.

[17]Da die Bekl. unter der gleichen Anschrift und Telefonnummer wie die IB und teils mit Mitarbeitern der IB gegenüber den Kunden der IB mit deren Referenzobjekten warb, musste der Rechtsverkehr - entgegen der Beurteilung des BerGer. - gerade nicht von zwei konkurrierenden Unternehmen, sondern von einem einheitlichen Unternehmen ausgehen. Hinzu kommt, dass die von der IB einerseits und der Bekl. andererseits verwendeten Briefbögen sich in ihrer optischen Aufmachung und inhaltlichen Gestaltung so ähneln, dass auch insoweit die Kontinuität eines einzigen Unternehmens aus der maßgeblichen Sicht des Rechtsverkehrs nach außen in Erscheinung tritt. Da es dazu keiner zusätzlichen tatrichterlichen Feststellungen bedarf, kann der Senat dies selbst entscheiden. Unter Berücksichtigung dieser konkreten Verhältnisse traten die IB und die Bekl. nicht wie zwei konkurrierende Unternehmen auf, sondern wie ein einheitliches.

[18]2. Zu Unrecht verneint das BerGer. auch die Fortführung der Firma der IB durch die Bekl.

[19]Beim Wechsel des Inhabers ist die Firmenfortführung deshalb eine Voraussetzung für die in § 25 I 1 HGB vorgesehene Haftung, weil in ihr die Kontinuität des Unternehmens nach außen in Erscheinung tritt, welche der tragende Grund für die Erstreckung der Haftung für früher im Betrieb des Unternehmens begründete Verbindlichkeiten des Vorgängers auf seinen Nachfolger ist (BGH, NJW 2006, 1002 Rdnr. 7; NJW 1992, 911 unter IV 1). Dabei kommt es nicht auf eine wort- und buchstabengetreue Übereinstimmung zwischen alter und neuer Firma, sondern nur darauf an, ob aus der Sicht des Verkehrs trotz vorgenommener Änderungen noch eine Fortführung der Firma vorliegt (BGH, NJW 1992, 911). Dies ist dann der Fall, wenn der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird (BGH, NJW-RR 2004, 1173 unter 2; NJW 2006, 1002 Rdnr. 12).

[20]Der prägende Teil der Firma der IB bestand in der Bezeichnung des Tätigkeitsbereichs „Industrieböden“ in Verbindung mit dem Namen „Salur“. In der Firma der Bekl. wird der annähernd gleiche Tätigkeitsbereich „Fussbodenbau“ ebenfalls mit dem Namen „Salur“ verknüpft. Dies reicht zur Annahme einer Firmenfortführung aus. Dadurch wird es dem Träger des Namens „Salur“ - entgegen der Auffassung des BerGer. - nicht verwehrt, sich auf dem Gebiet der Herstellung von Fußböden seines Namens zu bedienen. Insoweit weist die Revision zutreffend auf die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses gem. § 25 II HGB durch eine Eintragung in das Handelsregister hin.

[21]3. Die Insolvenz der IB schließlich ist für die Haftung der Bekl. aus § 25 I 1 HGB unerheblich.

[22]Zutreffend weist das BerGer. zwar darauf hin, dass der Erwerb von Vermögenswerten der IB durch die Bekl., soweit er vom Insolvenzverwalter der IB erfolgte, keine Haftung nach § 25 I 1 HGB auslöst (BGH, NJW 1992, 911 unter II 2 m.w. Nachw.; vgl. auch BGH, NJW 2006, 1002 Rdnr. 14). Hier ist das Unternehmen der IB jedoch - wie oben dargelegt - schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der IB in seinem wesentlichen Bestand unverändert von der Bekl. fortgeführt worden. Dass die IB möglicherweise auch schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens insolvent war, ist für die Haftung aus § 25 I HGB demgegenüber irrelevant (BGH, NJW 2006, 1002 Leitsatz 4).

[23]III. Das Berufungsurteil kann somit keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil es weiterer Feststellungen nicht bedarf (§ 563 III ZPO). Da die Klage begründet ist, ist die Berufung der Bekl. gegen das erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen.

Zu Folie 5:

BGH NJW 2001, 2251

LS und aus den Gründen:

Der Eintritt eines Gesellschafters in den Betrieb eines Einzelkaufmanns und die Fortführung des Geschäfts durch die neugegründete Gesellschaft führen nicht kraft Gesetzes dazu, dass die Gesellschaft Vertragspartei eines zuvor von dem Einzelkaufmann abgeschlossenen Mietvertrags über die weiter genutzten Geschäftsräume wird. Zu einem solchen Vertragsübergang ist die Mitwirkung des Vermieters erforderlich.

Zu Recht geht das BerGer. davon aus, dass die von Frau *H* und den beiden Bekl. gegründete Gesellschaft nicht an Stelle von Frau *H* Vertragspartnerin der Kl. geworden ist. Nach der Rechtsprechung des *BGH*, der die Literatur weit gehend gefolgt ist, führt der Eintritt von Gesellschaftern in den Betrieb eines Einzelkaufmanns nicht dazu, dass die neugegründete Personengesellschaft kraft Gesetzes Vertragspartei eines von diesem abgeschlossenen Mietvertrags wird. Zu einem solchen Vertragsübergang ist vielmehr die Mitwirkung des Vermieters erforderlich (*BGH*, LM § 242 [Cd] BGB Nr. 55 = ZMR 1959, 8 [9]; NJW 1967, 821 = LM § 705 BGB Nr. 17; *Gelhaar*, in: RGRK, 12. Aufl., § 549 Rdnr. 3; *Voelskow*, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 549 Rdnr. 14; *Staudinger/Emmerich*, BGB, 1995, § 549 Rdnr. 31; *Bub/Treier/Straßberger*, Hdb. der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rdnr. 290). Das gilt unabhängig davon, ob er aus besonderen Gründen verpflichtet ist, einer bloßen Gebrauchsüberlassung an die gegründete Gesellschaft zuzustimmen (vgl. *BGH*, NJW 1955, 1066 = LM § 553 BGB Nr. 2). Die Revision verkennt das nicht, bittet aber um eine Überprüfung dieser Rechtsprechung mit Rücksicht auf Gegenstimmen in der Literatur, die in einem solchen Fall einen Vertragsübergang aus den Regeln des Handelsrechts (hier: § 28 HGB) herleiten wollen (so *K. Schmidt*, HandelsR, 5. Aufl., § 8 I 4, insb. S. 231; *Lieb*, in: MünchKomm-HGB, § 25 Rdnrn. 81f.; dagegen *Beuthien*, NJW 1993, 1737). Die an sich notwendige Mitwirkung des Vermieters soll entbehrlich sein, weil es sich um ein betriebsbezogenes Geschäft handelt (*K. Schmidt*, S. 231).

Es kann dahingestellt bleiben, ob die §§ 25, 28 HGB generell zu einem Vertragsübergang kraft Gesetzes führen können oder nicht. Jedenfalls bei Mietverträgen ist ein solcher Vertragsübergang auf einen neuen Mieter ohne Mitwirkung des Vermieters ausgeschlossen. Bei Mietverträgen sind nämlich die besonderen Regeln des Mietrechts zur Gebrauchsüberlassung der

Mietsache durch den Mieter an Dritte zu beachten. Nach § [549 I](#) BGB ist der Mieter ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen. Der Mieter ist deshalb ohne Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, an einen Dritten unterzuvermieten und dem Dritten auf diese Weise Gebrauchsrechte einzuräumen. Diese Regelung würde unterlaufen, wenn der Mieter mit dem Dritten ohne Mitwirkung des Vermieters statt eines Untermietvertrags einen Gesellschaftsvertrag abschließen, den Dritten auf diese Weise zum Mitmieter machen und ihm dem Vermieter gegenüber ein Gebrauchsrecht einräumen könnte. Die Aufnahme eines Gesellschafters in das auf einem vermieteten Grundstück vom Mieter betriebene Unternehmen wird deshalb zu Recht als ein Fall von Untervermietung angesehen (*BGH*, LM § 242 [Cd] BGB Nr. 55 = ZMR 1959, [8](#) [[9](#)]; *Gelhaar*, in: RGRK, § 549 Rdnr. 3).

Würde man es zulassen, dass der Mieter ohne Mitwirkung des Vermieters durch die Gründung einer Gesellschaft einen Mieterwechsel herbeiführen könnte, so könnte das zur Folge haben, dass der ursprüngliche Mieter vor Beendigung des Mietvertrags aus dem Mietverhältnis ausscheiden könnte, ohne dass sich der Vermieter dagegen wehren könnte. Die an Stelle des Mieters eingetretene Gesellschaft bliebe dann nämlich auch bei einem Gesellschafterwechsel und auch beim Ausscheiden eines Gesellschafters - des ursprünglichen Mieters - Vertragspartei. Das gilt nach der neuen Rechtsprechung des *BGH* nicht nur für eine offene Handelsgesellschaft, sondern auch für eine (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts (*BGH*, NJW 2001, [1056](#) = NZM 2001, [299](#) = LM H. 5/2001 § 50 ZPO Nr. 52 = ZIP 2001, [330](#) = WM 2001, [408](#)). Der aus der Gesellschaft ausgeschiedene ursprüngliche Mieter würde dann nur noch zeitlich begrenzt für Altschulden der Gesellschaft haften. Der Vermieter müsste damit rechnen, dass ihm auf der Mieterseite ausschließlich neue, ihm unbekannt Personen gegenüber stehen, auf deren Auswahl er keinen Einfluss hatte. Das mag einem Vermieter zuzumuten sein, der von vornherein an eine Gesellschaft vermietet hat und das damit verbundene Risiko deshalb bewusst eingegangen ist. Es ist aber nicht einem Vermieter zuzumuten, der im Vertrauen auf die Korrektheit seines Vertragspartners an eine Einzelperson vermietet hat.

3. Zu Unrecht meint die Revision, der Bekl. zu 2 hafte für die eingeklagte Forderung aus einem vom BerGer. nicht geprüften Rechtsgrund, nämlich aus § 28 I (i.V. mit § 128) HGB. Nach dieser Vorschrift haftet die Gesellschaft, wenn jemand (unter anderem) als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt, für alle im Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers, und zwar auch dann, wenn die Gesellschaft die frühere Firma nicht fortführt. Zu Recht nimmt die Revision an, jedenfalls für das Revisionsverfahren sei davon auszugehen, dass Frau H und die beiden Bekl. das Geschäft in Form einer offenen Handelsgesellschaft weitergeführt haben. Nach § 128 HGB haften die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft den Gläubigern gegenüber für Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner. Insofern sind die Voraussetzungen für eine Haftung des Bekl. zu 2 an sich gegeben. Seine Haftung scheidet aber daran, dass es sich bei der eingeklagten Forderung nicht um eine so genannte Altschuld handelt, eine Schuld also, die am Stichtag - der Geschäftsübernahme durch die Gesellschaft - bereits bestanden hat. Es ist zwar anerkannt, dass die das Geschäft fortführende Gesellschaft nicht nur für Verbindlichkeiten haftet, die im Zeitpunkt des Geschäftsübergangs bereits voll wirksam waren, sondern dass als zur Zeit der Geschäftsübernahme bestehende Ansprüche auch solche anzusehen sind, die noch nicht fällig, betagt oder bedingt sind, wenn nur der Rechtsgrund für solche Ansprüche schon vor der Geschäftsübernahme entstanden ist (*BGH*, NJW-RR 1990, 1251 [1253]). Welche Auswirkungen sich daraus für die Haftung der das Geschäft übernehmenden Gesellschaft im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen ergeben, die zum Stichtag bereits bestanden haben, ist bisher nicht abschließend geklärt (vgl. Staub/Hüffer, HGB, 4. Aufl., § 25 Rdnr. 57). Umstritten ist insbesondere, ob die übernehmende Gesellschaft, wenn am

Stichtag ein Mietverhältnis bestanden hat, in das sie nicht als Vertragspartner eingetreten ist, für die nach dem Stichtag anfallenden Mietzinsansprüche haftet (dafür Beuthien, NJW 1993, 1737 [1739]; dagegen z.B. Staub/Hüffer, § 25 Rdnr. 57, u. Bub/Treier/Heile, II, Rdnrn. 838 f., 840, mit der Begründung, man könne die übernehmende Gesellschaft nicht für den Mietzins haften lassen, wenn ihr nicht gleichzeitig gegenüber dem Vermieter ein Anspruch auf Gebrauchsüberlassung zustehe).

Für die Entscheidung des vorliegenden Falls ist es nicht erforderlich, zu diesem Problem abschließend Stellung zu nehmen. Eingeklagt ist nämlich kein Mietzinsanspruch, sondern ausschließlich ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung für die Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses (§ 557 BGB). Auch wenn es sich bei dem Anspruch auf künftige Mietzinsraten nach der Rechtsprechung des BGH um eine Forderung handelt, die erst zur Entstehung gelangt, wenn sie abschnittsweise für den jeweiligen Gebrauchsüberlassungszeitraum fällig wird (vgl. BGHZ 111, 84 [93f.] = NJW 1990, 1785 = LM § 163 BGB Nr. 6), so ist jedenfalls die Pflicht des Mieters zur Mietzinszahlung in dem bestehenden Mietvertrag bereits so angelegt, dass die einzelnen Mietzinsraten entstehen und fällig werden, ohne dass es einer weiteren Handlung der Beteiligten bedarf. Der Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 557 BGB ist nicht in dieser Weise von vornherein in dem Mietvertrag angelegt. Er entsteht vielmehr nur, wenn der Mieter in Form eines Unterlassens eine vertragswidrige Handlung begeht, indem er nach Beendigung des Mietverhältnisses die Mietsache nicht zurückgibt.

Der BGH hat für ein anderes Dauerschuldverhältnis, nämlich einen Lizenzvertrag, bereits entschieden, dass eine Haftung nach den §§ 25, 28 HGB für vertragliche Ansprüche, die sich nicht ohne weiteres aus dem Vertrag ergeben, sondern erst bei einem bestimmten Handeln der Beteiligten entstehen, nur in Betracht kommt, wenn die den Anspruch begründende Handlung vor dem Geschäftsübergang erfolgt ist (BGH, NJW-RR 1990, 1251 [1253] m.w.Nachw.). Für Mietverträge kann nichts anderes gelten. Aus dem Umstand, dass die offene Handelsgesellschaft, an der der Bekl. zu 2 beteiligt war, ab Mai 1994 das Geschäft der Frau H weitergeführt hat und deshalb für die damals bestehenden Geschäftsschulden haftet, ohne als Mieterin in den Vertrag eingetreten zu sein, kann nicht geschlossen werden, dass sie auch für ein vertragswidriges Verhalten der Mieterin Frau H im Dezember 1996 haftbar gemacht werden kann.

Zu Folie 6:

OLG Düsseldorf, BeckRS 2011 14921

Leitsätze:

1. Kommt aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs die ernsthafte Möglichkeit in Betracht, dass die Antrag stellende GmbH die Geschäfte und die Firma der ursprünglichen GmbH fortführt (hier: gleiche Firma, im Wesentlichen gleicher Geschäftsgegenstand, Übernahme des in gleicher Funktion tätigen Firmenleiters sowie zweier weiterer Mitarbeiter und Übertragung einer markanten Service-Telefonnummer), so hat das Registergericht den beantragten Haftungsausschluss gemäß § 25 II HGB einzutragen. (amtlicher Leitsatz)

2. Dass die Firmenbezeichnung der Antragstellerin für eine Nachbildung überlassen und nicht zusammen mit dem ursprünglichen Unternehmen übertragen worden ist, stellt ein dem maßgeblichen Verkehr sich entziehendes Internum dar und steht der Annahme einer Fortführung im Sinne des § 25 Abs. 1 HGB nicht entgegen. (amtlicher Leitsatz)

OLG Stuttgart NZG 2010, 628

Leitsätze:

1. Der Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB ist im Handelsregister eintragungsfähig, wenn es nicht offensichtlich ist, dass eine Haftung des Nachfolgers nicht in Betracht kommen kann.
2. Bei der Geschäfts- und Firmenfortführung ist aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs die tatsächliche Fortführung entscheidend.
3. Der Erwerb vom Insolvenzverwalter wird zwar nicht als solcher im Sinne des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB angesehen. Werden jedoch nur einzelne Gegenstände vom Insolvenzverwalter erworben, steht dies der Annahme eines Erwerbs im Sinne von § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht entgegen.

(Amtliche Leitsätze)

Dazu Anmerkung von H. Schmidt, ZjS-online 2010, 780.