

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

2107 020

HGB § 28

- a) Betreibt ein Gewerbetreibender mehrere selbständige Unternehmen und tritt ein Dritter als persönlich haftender Gesellschafter nur in eines dieser Unternehmen ein, so kommt es bei einer Anwendung des § 28 HGB nur auf den Charakter dieses Unternehmens an.
- b) Fehlt dem Unternehmen, in das ein Dritter als Gesellschafter eintritt, mit Rücksicht auf § 2 HGB der Charakter eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes, weil es nicht in das Handelsregister eingetragen ist, so findet § 28 HGB auch dann keine Anwendung, wenn das Unternehmen nach dem Eintritt des Dritten in das Handelsregister eingetragen wird.

BGH, Urt. v. 7. Januar 1960 - II ZR 228/59

OLG Neustadt

LG Frankenthal

Verkündet

am 7. Januar 1960

Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Lilli U [REDACTED] geb. L [REDACTED], H [REDACTED],
Z [REDACTED] Str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED]

gegen

Paul S [REDACTED], Lu [REDACTED] a. Rhein,
W [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 7. Januar 1960 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter Dr. Fischer, Liesecke, Dr. Reinicke und Hill für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Neustadt/Weinstraße vom 3. März 1959 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin schloß mit der inzwischen verstorbenen Frau M. (später verheiratete B.) am 1. Juli 1951 einen Gesellschaftsvertrag zum gemeinsamen Betrieb eines Filmtheaters unter der Firma Regina-Film-Theater M. & Co. in Lu. Nach dem Gesellschaftsvertrag sollte Frau Mühlberg einen baren Betrag von 30.000 DM und die Klägerin ein Grundstück in Lu. einbringen. Das Grundstück gehörte damals noch der Mutter der Klägerin. Diese war jedoch mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages durch die Klägerin einverstanden. Auf diesem Grundstück sollte das Lichtspieltheater aufgebaut werden. Bei der Finanzierung des Baues geriet Frau M. in Geldschwierigkeiten. Daraufhin zahlte die Klägerin verabredungsgemäß einen Betrag von 2.000 DM an eine Firma für Aushubarbeiten und 1.000 DM an den Architekten; einen weiteren Betrag von 8.000 DM überwies die Klägerin auf Bitten von Frau M. auf ein Sonderkonto Regina-Film-Theater M. und Ullrich, über das Frau M. verfügte. Zu einer Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister kam es nicht.

Da sich später der Ausführung des Gesellschaftsvertrages Schwierigkeiten entgegenstellten, beschlossen die Vertragsparteien, das Vertragsverhältnis zu beenden. Nunmehr schloß Frau M. mit der Mutter der Klägerin unter dem 11. Dezember 1951 einen Vertrag. In diesem Vertrag überließ die Mutter der Klägerin Frau M. den Gebrauch des Grundstücks gegen eine 5 %ige Beteiligung an den Einnahmen aus dem Kinobetrieb und bestellte ihr ein Nießbrauchsrecht für die Dauer von 20 Jahren.

Zu Anfang des Jahres 1953 kam es zu einem längeren Briefwechsel zwischen dem Vertreter der Klägerin und dem Vertreter der Frau M. Hierbei forderte die Klägerin



die Rückzahlung der 11.000 DM nebst Zinsen, die sie nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages an Frau M. [REDACTED] gezahlt hatte. Dieser Briefwechsel endete damit, daß sich Frau M. [REDACTED] zur Rückzahlung dieses Betrages (ohne Zinsen) in Vierteljahresraten von 500 DM verpflichtete. Dieser Zahlungsverpflichtung ist Frau M. [REDACTED] in der Folgezeit lediglich in Höhe von 1.000 DM nachgekommen.

Das von Frau M. [REDACTED] seit Ende 1951 allein betriebene Filmunternehmen in Lu. [REDACTED] wurde nicht in das Handelsregister eingetragen. Durch Vertrag vom 1. September 1954 nahm Frau M. [REDACTED] in ihr Unternehmen den Beklagten als persönlich haftenden Gesellschafter auf. Diese Gesellschaft wurde am 2. April 1955 mit der Firma Regina-Film-Theater M. [REDACTED] und S. [REDACTED] in das Handelsregister eingetragen; ein im Gesellschaftsvertrag vereinbarter Haftungsausschluß zugunsten des Beklagten für die bis zu seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten wurde hingegen nicht eingetragen.

Durch Vertrag vom 10. Oktober 1956 schied Frau M. [REDACTED] aus der Gesellschaft aus. Das Filmtheater ging auf den Beklagten über, der es laut Eintragung im Handelsregister seitdem als Einzelfirma unter der Bezeichnung Regina-Filmtheater Paul S. [REDACTED] weiterführt.

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung des noch offenstehenden Betrages von 10.000 DM in Anspruch. Sie hat sich dabei im wesentlichen auf die Haftungsvorschrift des § 28 HGB berufen und in diesem Zusammenhang noch vorgetragen, daß Frau M. [REDACTED] seit dem 28. Oktober 1950 bei dem Registergericht in Mainz unter der Firma Bären-Lichtspiele Ma. [REDACTED]-W. [REDACTED] Elfriede M. [REDACTED] geb. K. [REDACTED] als Kaufmann eingetragen sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hingegen hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht legt dar, es sei für die Anwendung des § 28 HGB ein wesentliches Erfordernis, daß das Geschäft vor dem Eintritt des Gesellschafters als vollkaufmännisches Handelsgewerbe betrieben worden sei. Diese Voraussetzung sei hier nicht erfüllt. Denn das von Frau M. [REDACTED] betriebene Lichtspieltheater sei ein Unternehmen im Sinne des § 2 HGB, das erst durch die Eintragung in das Handelsregister zu einem vollkaufmännischen Handelsgewerbe habe werden können. An dieser Eintragung habe es aber gefehlt, als Frau M. [REDACTED] den Beklagten als Teilhaber aufgenommen habe. Die Tatsache, daß das Unternehmen später nach dem Eintritt des Beklagten in das Geschäft in das Handelsregister eingetragen worden sei, sei ohne Belang, weil es für die Anwendung des § 28 HGB auf den Charakter des Unternehmens allein im Zeitpunkt unmittelbar vor Eintritt des Beklagten als Gesellschafter ankomme. Schließlich sei es auch ohne Bedeutung, daß nach der Behauptung der Klägerin das von Frau M. [REDACTED] in Ma. [REDACTED]-W. [REDACTED] betriebene Lichtspielunternehmen in das Handelsregister eingetragen gewesen sein soll. Denn im vorliegenden Fall komme es allein darauf an, ob das Unternehmen, in das der Beklagte als Gesellschafter eingetreten sei, also das Lichtspieltheater in Lu. [REDACTED], ein vollkaufmännisches Unternehmen gewesen sei.

Diese Ausführungen greift die Revision an.

1.) Der Ansicht der Revision, die Anwendung des § 28 HGB sei mit Rücksicht auf die Eintragung des Ma. [REDACTED] Lichtspiel-

unternehmens in das Handelsregister geboten, kann nicht gefolgt werden.

Betreibt ein Kaufmann mehrere selbständige Unternehmen unter verschiedenen Firmen, so kommt es bei einer Anwendung des § 28 HGB nur auf das Unternehmen an, in das ein anderer als Gesellschafter aufgenommen wird oder eintritt. Das ist einmal in der Hinsicht von Bedeutung, daß der neu eintretende Gesellschafter nur für die bisherigen Geschäftsschulden des Unternehmens haftet, in das er eingetreten ist, nicht aber auch für die Geschäftsschulden der anderen Unternehmen, die der andere unabhängig von der neu gegründeten Gesellschaft selbständig und allein weiterbetreibt (vgl. RG LZ 1907, 822). Sodann gewinnt der angeführte Rechtssatz aber auch in der Hinsicht Bedeutung, daß für die Anwendung des § 28 HGB der rechtliche Charakter der anderen Unternehmen ohne Belang ist. Es ist daher durchaus richtig, daß das Berufungsgericht der Behauptung der Klägerin nicht weiter nachgegangen ist, daß nämlich das Mainzer Lichtspielunternehmen der Frau M. in das Handelsregister eingetragen gewesen sein soll. Denn maßgeblich ist für die etwaige Haftung des Beklagten nach § 28 HGB lediglich der Charakter des Lu. Lichtspielunternehmens.

2.) Die Revision wendet sich sodann gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß es für die Anwendung des § 28 HGB notwendig sei, daß das Geschäft vor dem Eintritt des Gesellschafters als Vollhandelsgewerbe betrieben worden sei. Die Revision beruft sich dabei auf die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 164, 119 und auf entsprechende Angaben im Schrifttum (so Würdinger RGRK § 28 Anm. 2; Düringer-Hachenburg § 28 Anm. 2; Heymann-Kötter § 28 Anm. 1; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft § 6 Anm. 33; a. M. Schlegelberger-Hildebrandt § 28 Anm. 3; Baumbach-Duden § 28 Anm. A; Ritter § 28 Anm. 6). Danach genüge es für die Haftung des eintretenden Gesellschafters, wenn das Geschäft bis zum Eintritt des Gesellschafters nur das Geschäft eines

Minderkaufmanns gewesen sei, sofern es mit diesem Zeitpunkt ein Vollhandelsgewerbe werde. Die Revision meint, daß die gleichen Grundsätze dann zu gelten hätten, wenn das Gewerbe mit Rücksicht auf § 2 HGB bis zum Eintritt des Gesellschafters noch kein Handelsgewerbe gewesen sei, es aber mit und unmittelbar nach diesem Zeitpunkt durch Eintragung in das Handelsregister zu einem vollkaufmännischen Gewerbe werde.

Der vorliegende Sachverhalt gibt keinen Anlaß, zu der angeführten Entscheidung des Reichsgerichts abschließend Stellung zu nehmen. Denn keinesfalls kann der vom Reichsgericht aufgestellte Rechtsgrundsatz auf einen Fall der hier in Betracht kommenden Art übertragen werden. Das zeigt sich schon darin, daß für den vorliegenden Fall der Wortlaut des § 28 HGB gegen eine Anwendung dieser Vorschrift spricht. Solange ein unter § 2 HGB fallendes Gewerbe nicht in das Handelsregister eingetragen ist, ist der Gewerbeinhaber kein Kaufmann. Es kann daher beim Eintritt eines Gesellschafters in ein solches Gewerbeunternehmen auch nicht davon gesprochen werden, daß in einem Fall dieser Art der Gesellschafter "in das Geschäft eines Einzelkaufmanns" eintritt. Hinzu kommt, daß eine Übertragung der vom Reichsgericht vertretenen Auffassung auf den vorliegenden Fall zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen muß, so daß auch Gründe der Praktikabilität gegen die Meinung der Revision sprechen; auch in diesem Punkt kann die vom Reichsgericht für seine Auffassung gegebene Begründung hier nicht verwertet werden. Denn es erhebt sich für den vorliegenden Fall sofort die Frage, innerhalb welchen Zeitraums die Eintragung des Gewerbes in das Handelsregister erfolgen muß, um die Anwendung des § 28 HGB zu rechtfertigen, und sodann noch die weitere Frage, ob die Eintragung darüber hinaus auch noch in einem irgendwie gearteten sachlichen Zusammenhang mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages und dem Eintritt des Gesellschafters stehen muß. Diese Abgrenzungs-

schwierigkeiten zeigen, daß gegen eine ausdehnende Anwendung des § 28 HGB über seinen Wortlaut hinaus auch gewichtige praktische Gründe der Rechtssicherheit sprechen. Eine unbeschränkte persönliche Haftung des neu eintretenden Gesellschafters so weitgehender Art, wie sie § 28 HGB vorschreibt, muß auf einen fest umrissenen, klar übersehbaren Tatbestand ausgerichtet sein.

3.) Schließlich hat das Berufungsgericht noch die Frage geprüft, ob eine Haftung des Beklagten deshalb in Betracht kommen könne, weil Frau M. bei der Entgegennahme des Darlehens und später bei der Stundung der Rückzahlungsverpflichtung bei der Klägerin den Rechtsschein hervorgerufen habe, ihr Ludwigshafener Unternehmen sei ein Vollhandelsgewerbe und der Klägerin würden bei einer Geschäftsumbildung Rechte aus § 28 HGB zustehen. Diese Frage hat das Berufungsgericht verneint und des weiteren ausgeführt, daß auch der Beklagte bei bzw. nach seinem Eintritt in das Geschäft oder später bei der Fortführung des Unternehmens als Einzelhandelsunternehmen niemals seine Haftungsbereitschaft zu erkennen gegeben habe.

Mit einer Rüge aus § 139 ZPO greift die Revision diese Ausführungen des Berufungsgerichts an, soweit es sich um das Verhalten der Frau M. bei Entgegennahme des Darlehens und bei der späteren Stundung handelt. Diese Rüge ist schon deshalb unbegründet, weil überhaupt kein Rechtsgrund dafür ersichtlich ist, daß der Beklagte für ein solches Verhalten der Frau M. haften sollte. Denn selbst wenn eine Verpflichtung der Frau M. zur Zahlung der Darlehenssumme auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsscheins begründet sein sollte, so kann dadurch nicht auch eine gleiche Verpflichtung des Beklagten entstanden sein. Das könnte nur dadurch geschehen sein, daß der Beklagte seinerseits bei der Klägerin einen Rechtsschein begründet

haben würde, der nach den insoweit in der Rechtsprechung ausgebildeten Grundsätzen eine Haftung für ihn auslöst. Das aber hat das Berufungsgericht aus tatsächlichen Gründen verneint und gegen diese Feststellung hat auch die Revision nichts vorzubringen vermocht.

Die Revision der Klägerin ist somit unbegründet. Sie muß daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Nastelski

Dr. Fischer

Liesecke

Dr. Reinicke

Hill