

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HGB § 23

Auch bei gleichzeitiger Auswechslung aller Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft kann der ausscheidende Gesellschafter, dessen Name in der Firma enthalten ist, die Einwilligung zu deren Fortführung nicht rechtswirksam erklären, wenn die Altgesellschafter vor Übertragung ihrer Anteile einen wesentlichen Bestandteil des Handelsgeschäfts aus dem Gesellschaftsvermögen ausgegliedert haben.

BGH, Urt. v. 5. Mai 1977 - II ZR 237/75 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 237/75

URTEIL

Verkündet am

5. Mai 1977
Kaufmann,
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Diplom-Kaufmanns F. P., L.
Straße, M.,

Beklagten, Widerklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. Nirk -

gegen

1. den Kaufmann K.-D. M. als Erben von Frau E. M.,
An den M., H.-W.,
2. die Kauffrau M. Sch., D.-straße,
H.,
3. den Kaufmann K. Sch., V.-weg, H.,

zu 1. Kläger, Widerbeklagter und
Revisionsbeklagter,
zu 2. und 3. Widerbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Krille -

12

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 1977 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. Mai 1975 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 23. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

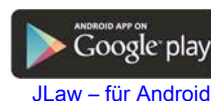
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist der Erbe seiner Mutter, der im Laufe des Rechtsstreits verstorbenen E. M. (Erblasserin), die ursprünglich Klägerin war. Die Erblasserin, der Kläger selbst, die Widerbeklagten sowie die inzwischen aus dem Prozeß ausgeschiedenen Kaufleute T. R. und I. P. waren Kommanditisten, Frau E. S. persönlich haftende Gesellschafterin der "H. R. i. W. S. KG", die einen sog. Tonholzverarbeitungsbetrieb unterhielt. Auf dem Betriebsgrundstück befanden sich außer den dazugehörigen Betriebsanlagen ein ebenfalls von der Kommanditgesellschaft unterhaltenes Campinghaus mit Gaststätte und Selbstbedienungsladen sowie ein Zweifamilienhaus. Nachdem die Gesellschaft im Frühjahr 1967 in Zahlungsschwierigkeiten geraten war, nahm sie Verbindung mit einer Interessentengruppe auf, die aus dem Beklagten, der von ihm als Geschäftsführer geleiteten Gesellschaft für Schlankheitsdiät mbH, der Ehefrau des Beklagten, E. P., und einem Herrn A.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

M[REDACTED] bestand - die letzteren beiden sind ebenfalls aus dem Rechtsstreit ausgeschieden -; sie waren an dem Erwerb des Betriebsgrundstücks interessiert, weil sie darauf Eigentumswohnungen errichten wollten. Nach Verhandlungen kam es im einzelnen zu folgenden Verträgen zwischen den Beteiligten:

Die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft kamen in einem am 29. August, 30. August und 16. Oktober 1967 von ihnen unterzeichneten Vertrag dahin überein, ihre Beteiligungen an den Beklagten und dessen Partner zu verkaufen. Jedoch sollte das zu dem Tonholzverarbeitungsbetrieb gehörende bewegliche Vermögen (Inventar, Holz- und sonstige Vorräte) nicht auf die Erwerber übergehen. Frau S[REDACTED] sollte diese Gegenstände entnehmen, treuhänderisch für alle bisherigen Gesellschafter verwalten und sodann in ein neu zu gründendes Tonholzverarbeitungsunternehmen einbringen. Durch notariellen Vertrag vom 29. August 1967 verkaufte und übertrug Frau S[REDACTED] ihren Gesellschaftsanteil an die Gesellschaft für Schlankheitsdiät mbH. Bestandteil dieses Vertrages war ein Übergabestatus, in dem die erwähnten Gegenstände des Holzverarbeitungsbetriebes nicht enthalten waren. In einer besonderen Vertragsziffer stimmte Frau S[REDACTED] der Fortführung der Firma "H[REDACTED] R[REDACTED] i. W[REDACTED] S[REDACTED] KG" durch die Erwerberin zu. Mit diesem Vertrag erklärten sich alle Kommanditisten durch eine "Zustimmungserklärung" vom 29. August/16. September 1967 einverstanden. Sie verkauften und übertrugen ihrerseits durch gesonderte notarielle Verträge, die in der Zeit zwischen dem 29. August 1967 und dem 12. September 1968 abgeschlossen wurden, ihre Gesellschaftsanteile an den Beklagten, dessen Ehefrau und A[REDACTED] M[REDACTED].

Zu der von den Altgesellschaftern ursprünglich geplanten Fortführung des Holzverarbeitungsunternehmens kam es nicht. Entsprechend einer im Vertrag mit Frau Sponsel eingegangenen Verpflichtung verbürgte sich der Beklagte für einen Kredit, den Frau S. zur Tilgung von Altverbindlichkeiten der Gesellschaft aufnahm. Er wurde später aus der Bürgschaft in Anspruch genommen und machte deswegen gegen die früheren Gesellschafter Rückgriffsansprüche geltend, mit denen er gegen deren noch offenstehende Kaufpreisansprüche aufrechnete. Hierüber kam es zwischen den Beteiligten zum Streit, der Gegenstand des vorliegenden Prozesses ist.

Mit ihrer Klage hat die Erblasserin vom Beklagten Zahlung eines Teils der auf sie entfallenden Zins- und Tilgungsraten verlangt, die zur Kaufpreisbegleichung in den Anteilskaufverträgen vereinbart waren. Gleichzeitig hat sie auf Feststellung geklagt, daß der Beklagte nicht berechtigt sei, ihr gegenüber wegen seiner Bürgschaftszahlung eine Forderung bis zum Betrag von 20.000 DM geltend zu machen. Der Beklagte hat Klageabweisung und im Wege der Widerklage Feststellung beantragt, daß der Erblasserin und den Widerbeklagten M. und K. S. aus den Anteilskaufverträgen keine Ansprüche mehr gegen ihn zustünden.

Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat der Beklagte seine gegen die Erblasserin gerichtete Feststellungswiderklage dahin eingeschränkt, daß ihr aus dem von ihr geschlossenen Anteilskaufvertrag auch insoweit keine Ansprüche gegen ihn mehr zustünden, als diese nicht durch ihre Zahlungs- und Feststellungsklage erfaßt seien. Das Oberlandesgericht hat durch Urteil vom 30. Dezember 1971 die Zahlungsklage abgewiesen;

im übrigen hat es die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Dieses Urteil hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs durch Urteil vom 10. Dezember 1973 - VIII ZR 35/72 - auf die Revision des Beklagten und die Anschlußrevision der Erblasserin - diese ist im Laufe jenes Revisionsverfahrens verstorben - aufgehoben; er hat die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dieses hat nunmehr ebenso entschieden wie im ersten Berufungsurteil.

Auch mit seiner erneuten Revision, deren Zurückweisung der Kläger und die Widerbeklagten beantragen, verfolgt der Beklagte seinen Antrag, auch die Feststellungsklage abzuweisen, und seine Feststellungswiderklage weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hatte in seinem ersten Urteil die auf die Klage hin getroffene Feststellung und die Abweisung der Feststellungswiderklage so begründet: Die im Kaufvertrag mit Frau S. [REDACTED] enthaltene Klausel über den Bürgschaftsregreß in der dort vereinbarten Höhe (Dreifaches der Bürgenleistung) gelte zwar auch den früheren Kommanditisten gegenüber und sei nicht nach § 138 BGB nichtig. Der Beklagte habe aber deshalb keinen Rückgriffsanspruch gegen die Kommanditisten, weil er die vorzeitige Fälligestellung des Bankkredits und damit seine Inanspruchnahme aufgrund der Bürgschaft selbst veranlaßt habe; er hätte die am 1. Oktober 1968 fällige Kaufpreisrate an die Bank zahlen müssen. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Einwände des Beklagten - er habe auch noch im Oktober 1968 den an sich geschuldeten Kaufpreis mit einer von den Altgesellschaftern zu entrichtenden Nutzungsentschädigung verrechnen dürfen, weil diese das Betriebsgrundstück nicht vollständig geräumt hätten; außerdem habe er alte, vertraglich nicht mitübernommene Gesellschaftsverbindlichkeiten begleichen müssen - hat das

Berufungsgericht als unbegründet angesehen. In dem darauf ergangenen ersten Revisionsurteil hat der Bundesgerichtshof dem Berufungsgericht darin zugestimmt, daß die Vereinbarung über den Bürgschaftsregreß nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sei; die Verfahrensrügen der Revision gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die betreffende Vertragsklausel auch den Kommanditisten gegenüber gelte, hat er zurückgewiesen. Zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht kam es deswegen, weil der Bundesgerichtshof es als tatrichterlich nicht hinreichend geklärt ansah, ob das Grundstück schon am 1. Oktober 1968 so weit geräumt war, daß der Beklagte die Kaufpreisrate zahlen mußte, und ob die Nichtzahlung dieser Rate für die Fälligestellung des Kredits ursächlich war. Das Berufungsgericht ist in seinem neuen Urteil auf diese Frage nicht mehr eingegangen, sondern hat die gesamten Anteilskaufverträge nach § 23 HGB, §§ 134, 139 BGB als nichtig angesehen: Die Übertragung der Firma der Kommanditgesellschaft sei unzulässig gewesen, weil der Holzverarbeitungsbetrieb nicht mit übertragen worden sei.

Die Revision sieht hierin eine Verletzung des § 565 Abs. 2 ZPO. Dieser Angriff ist unbegründet. Die dem Revisionsurteil zu entnehmende Ansicht, ein dem Klageanspruch zugrundeliegender Vertrag sei wirksam, bindet das Oberlandesgericht nicht, soweit es im zweiten Berufungsverfahren die Nichtigkeit des Vertrages aus einem Rechtsgrund herleiten möchte, der im gesamten bisherigen Verfahren nicht erörtert worden ist und von dem auch nicht angenommen werden kann, das Revisionsgericht habe ihn stillschweigend als nicht durchgreifend angesehen.

II. In der Sache selbst kann der Ansicht des Berufungsgerichts, die Anteilskaufverträge seien insgesamt nichtig, auf der Grundlage der bisher getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht zugestimmt werden.

1. Zu Unrecht bezweifelt die Revision allerdings, daß die von Frau S. in ihrem Vertrag mit dem Beklagten erklärte Zustimmung zur Fortführung der bisherigen Firma der Kommanditgesellschaft gegen § 23 HGB verstößt und damit nichtig ist.

a) Nach der genannten Vorschrift kann die Firma nicht ohne das Handelsgeschäft, für das sie geführt wird, veräußert werden. Zweck dieser Bestimmung ist es, den Übergang der Firma auf einen anderen und damit die Fortführung einer nicht den §§ 18, 19 HGB entsprechenden Firma auf die in den §§ 22, 24 HGB geregelten Fälle zu beschränken. Im Verhältnis zu § 22 folgt das ohne weiteres aus der Stellung des § 23 unmittelbar hinter jener Vorschrift. Für die in § 24 geregelten Fälle des teilweisen Inhaberwechsels gilt nichts anderes. Sowohl § 22 als auch § 24 lassen im Interesse der Erhaltung des Werts einer eingeführten Firma Ausnahmen von den allgemeinen Firmenbildungsvorschriften der §§ 18 und 19 zu. Das ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Unternehmen und die Unternehmens-tradition, mit denen der Wert der Firma verknüpft ist, weiter hinter der Firmenbezeichnung stehen. § 23 stellt dies lediglich klar und zieht gleichzeitig daraus die Konsequenz, indem er eine Verfügung des bisherigen Firmeninhabers, die auf die Fortführung der Firma durch einen Dritten ohne das Unternehmen gerichtet ist, untersagt. Die Einfügung dieser Bestimmung hinter § 22 und vor § 24 mag darauf zurückzuführen sein, daß die rechtliche Möglichkeit, Anteile an einer Personenhandels-gesellschaft zu übertragen, bei Erlass des Gesetzes noch nicht anerkannt war und der Fall, daß ein einzelner aus der Gesellschaft ausscheidender Gesellschafter den Hauptteil des Unternehmens übertragen bekommt, wohl selten vorkommt. Jedenfalls besteht kein Grund, die Verfügung über eine Firma entgegen der dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung

zu entnehmenden Wertung als wirksam anzusehen, wenn sie in der Weise vorgenommen wird, daß im Rahmen des § 24 HGB der Namensträger der Firmenfortführung zustimmt, ohne daß dies nach jener Vorschrift zulässig ist. Die Verfügung über das Recht zur Firmenführung ist danach immer dann unzulässig, wenn sie nicht von § 22 oder § 24 HGB gedeckt ist (so auch Würdinger in Großkomm. HGB, 3. Aufl. § 23 Anm. 2).

An einer Verfügung über die Firma im Sinne des § 23 HGB fehlt es hier nicht deshalb, weil sich durch die Übertragung von Anteilen an einer Personenhandelsgesellschaft deren Identität nicht ändert, und zwar selbst dann nicht, wenn gleichzeitig alle Gesellschafter durch Abtretung ihrer Anteile ausscheiden und an ~~ihrer~~ Stelle neue eintreten (vgl. BGHZ 44, 229, 231). Denn Inhaber der Firma wie auch Träger des Gesellschaftsvermögens ist unbeschadet des § 124 HGB bei der Personengesellschaft des Handelsrechts anders als bei der juristischen Person nicht die Gesellschaft als solche, sondern es sind die Gesellschafter, wenn auch in ihrer Zusammenfassung zur Gesellschaft. Dem trägt die Vorschrift des § 24 HGB Rechnung, die anderenfalls überflüssig wäre und für die juristischen Personen gerade nicht anwendbar ist (BGHZ 58, 322, 324 f).

b) Ob im vorliegenden Fall die Gestattung der Firmenfortführung an § 24 HGB oder, weil sämtliche Inhaber gewechselt haben, an § 22 HGB zu messen ist, kann dahingestellt bleiben. In beiden Fällen besteht das Firmenfortführungsrecht nur, wenn das Unternehmen im wesentlichen vollständig auf den oder die neuen Inhaber übergeht. Insbesondere sind die Voraussetzungen auch des § 24 HGB nicht erfüllt, wenn ein ausscheidender Gesellschafter einen wesentlichen Teil des Unternehmens erhält (vgl. BGH, Urt. v. 17. 4. 57 - IV ZR 2/57, WM 1957, 1152 Abschn. 4 a

letzt. Abs. und 6 b). Hier ist, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt hat, das Unternehmen nicht in seinen wesentlichen Teilen auf die neuen Gesellschafter der Kommanditgesellschaft übergegangen.

Nur wenn der Unternehmenskern erworben wird, wird der Geschäftsverkehr vor der Täuschung bewahrt, die überkommene Geschäftsstradition werde vom Erwerber fortgeführt oder könne jedenfalls von ihm fortgeführt werden. Daran fehlt es hier hinsichtlich des Tonholzbetriebes. Gehören zu einem Unternehmen mehrere Geschäftszweige und wird einer von der Übertragung ausgenommen, so darf die Firma nur fortgeführt werden, wenn der nicht übertragene Teil im Rahmen des Gesamtunternehmens, so wie es sich nach der hergebrachten Geschäftsstradition entwickelt hat, von untergeordneter Bedeutung ist (vgl. das bereits erwähnte Urteil WM 1957, 1152 Abschn. 4 a letzt. Absatz und 5 b). Daß dies für den Tonholzbetrieb im Verhältnis zu dem Camping- und Gaststättenbetrieb zuträfe, hat das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung der gegebenen Umstände ohne Rechtsfehler verneint. Dabei hat es zutreffend den Gedanken in den Mittelpunkt gestellt, daß von den beiden Geschäftszweigen der Kommanditgesellschaft gerade derjenige bei den Altgesellschaftern verbleiben sollte, der die wesentliche Sachaussage der Firma - "Holzwerk" - enthält. Weiter hat das Berufungsgericht in nicht zu beanstandender Weise festgestellt, daß sich der Schwerpunkt der Geschäftsstradition nicht vom Tonholzverarbeitungsbetrieb auf den Camping- und Gaststättenbetrieb verlagert hatte. Es hätte dabei zusätzlich noch berücksichtigen können, daß ein Tonholzverarbeitungsbetrieb, der das Ausgangsmaterial für ein hochwertiges Endprodukt (Musikinstrumente) liefert, in weit stärkerem Maße auf dauernde vertrauensvolle Geschäftsbeziehungen und damit auf

Geschäftstradition angewiesen ist, als ein mehr auf gelegentlichen Kontakt angelegter Gaststätten- und Campingplatzbetrieb. Zu keiner abweichenden Beurteilung führt auch, wie das Berufungsgericht ebenfalls rechtlich einwandfrei festgestellt hat, ein Vergleich der den beiden Betriebsteilen jeweils zuzurechnenden Vermögenswerte. Die insoweit erhobene Rüge der Revision, das Berufungsgericht sei von falschen Gewinn- und Verlustzahlen ausgegangen, ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat, wie sein Hinweis auf die bei den Akten befindliche Überleitungsbilanz des Steuerbevollmächtigten T. [REDACTED] ergibt, seine Beurteilung gar nicht auf die Gewinne, sondern auf die Umsätze gestützt.

Die Revision meint noch, der Tonholzverarbeitungsbetrieb sei vor der Übertragung des Restunternehmens aufgegeben worden; deshalb sei es unschädlich, daß er nicht mit übergegangen sei. Nach der nicht angegriffenen, aufgrund des Inhalts der Verträge getroffenen Feststellung des Berufungsgerichts wollten jedoch die Altgesellschafter den Holzbetrieb nach dem damals noch bestehenden Plan - in einer neuen Rechtsform - fortsetzen. Daß dieser Plan sich später nach der Übertragung der Anteile zerschlug, kann für die Beurteilung der vorher abgegebenen Erklärung der Frau S. [REDACTED], mit der sie über das Recht zur Firmenfortführung verfügte, keine Rolle spielen.

2. Nicht geteilt werden kann jedoch die Ansicht des Berufungsgerichts, die Unwirksamkeit der Firmenübertragung habe ohne weiteres die Nichtigkeit des gesamten Vertragswerks zur Folge. Nach den rechtlich einwandfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Anteilskauf- und -übertragungsverträge, von denen danach entsprechend dem Willen aller Beteiligten keiner allein, ohne die anderen abgeschlossen worden wäre, als einheit-

liches Rechtsgeschäft anzusehen. Zu ihm gehörte auch die im Vertrag mit Frau S. [REDACTED] enthaltene Bestimmung über die Firmenfortführung. Sie ist nicht nur hinsichtlich der - "dinglichen" - Gestattung der Firmenführung nach § 23 HGB, § 134 BGB, sondern gemäß § 306 BGB auch insoweit nichtig, als sie gleichzeitig den Rechtsgrund für diese Einwilligung, also die schuldrechtliche Verpflichtung dazu enthält. Es stellt sich daher die Frage, ob und in welchem Umfang sich die Nichtigkeit dieser Einzelbestimmung auf den sonstigen Inhalt der gesamten vertraglichen Vereinbarungen auswirkt. Kein Zweifel kann daran bestehen, daß die Anteile wirksam übertragen worden sind; zumindest folgt das aus den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft. Für die Wirksamkeit der Kaufverträge über die Anteile, auf die es für die Entscheidung des Rechtsstreits ankommt, beantwortet sich die gestellte Frage nach § 139 BGB. Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift ist allerdings, daß der nach Ausscheidung des nichtigen Teils verbleibende Rest an und für sich als selbständiges Rechtsgeschäft bestehen könnte. Das ist hier jedoch der Fall: Der Verkauf und die Veräußerung einzelner Unternehmensteile können selbstverständlich ohne Mitübertragung der Firma Gegenstand eines selbständigen Rechtsgeschäfts sein. Aus den Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, auf die sich das Berufungsgericht ohne weitere Begründung beruft, ergibt sich für dessen Auffassung nichts.

Es kommt danach gemäß § 139 BGB darauf an, ob die Beteiligten die Anteilskaufverträge auch dann mit dem im übrigen gleichen Inhalt abgeschlossen hätten, wenn sie die Nichtigkeit der Bestimmung über die Firmenfortführung gekannt hätten. Das dürfte auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts zu bejahen sein. Den Erwerbern kam es danach darauf an, das Grundstück der Kommanditgesellschaft zu erwerben, um darauf Eigentumswohnungen zu errichten; unter diesen Umständen waren

//2

sie nicht nur an der Fortführung des Holzbetriebs - das hat das Berufungsgericht ausdrücklich festgestellt -, sondern offenbar auch an derjenigen des Camping- und Gaststättenbetriebes uninteressiert. Wieso bei diesen Gegebenheiten das Vertragswerk an der rechtlichen Unmöglichkeit der Firmenübertragung hätte scheitern sollen, ist nicht recht ersichtlich. Abschließend vermag der Senat diese Frage indessen nicht zu entscheiden, da das Berufungsgericht seine Feststellungen bislang nicht unter dem Gesichtspunkt des § 139 BGB getroffen hat. Die Sache muß deshalb zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Der Senat macht dabei von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch.

Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung zum Ergebnis gelangen, daß die Verträge, abgesehen von der Klausel über die Firmenfortführung, wirksam sind, müßte es nunmehr unter Beachtung der im ersten Revisionsurteil behandelten Gesichtspunkte auch über die weiteren für Klage und Widerklage erheblichen Fragen entscheiden, insbesondere darüber, ob der Beklagte seine Inanspruchnahme aus der Bürgschaft selbst verursacht hat.

Stimpel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Bauer

Dr. Skibbe