

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

HGB § 27; VerglO §§ 39, 57

Wird ein zu einem Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichsverfahrens von dem Verwalter mit Zustimmung des Erben fortgeführt, so muß sich der Erbe das im Anwendungsbereich des § 27 HGB anrechnen lassen.

BGH, Urt. v. 27. März 1961 - II ZR 294/59

KG Berlin

LG Berlin

Verkündet

am 27. März 1961

Pfauz, 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 Geschäftsfrau T S geb. H ,
B -L , C str. ,

Beklagten und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma M GmbH., Mehl- und Lebensmittelgroß-
handel, B -Z. , vertreten durch ihren
Geschäftsführer E B. , B -Z ,
C Str. - ,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 27. März 1961 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Dr. Kuhn, Dr. Nörr
und Liesecke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin
vom 6. Oktober 1959 wird auf Kosten der Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stand mit der Firma O H 's Brotbäckerei in B . in laufender Geschäftsverbindung. Alleininhaberin dieser im Handelsregister eingetragenen Firma war die am 14. März 1957 verstorbene Kauffrau M - P verwitwete H . Die Klägerin macht gegen die Beklagte gemäß § 27 HGB Ansprüche aus Warenlieferungen in Höhe von 20.045,20 DM geltend.

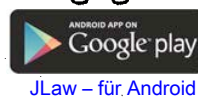
Frau M: P hatte testamentarisch die Beklagte (ihre Tochter), einen Sohn sowie ihren Ehemann zu je 1/3 als Erben eingesetzt und in einem Nachtrag ihren Ehemann zum Testamentsvollstrecker bestimmt. Ihr Ehemann nahm das Amt des Testamentsvollstreckers an, schlug aber die Erbschaft aus. Darauf wurden der Beklagten und ihrem Bruder auf Antrag ein gemeinsamer Erbschein ausgestellt.

Die Beklagte, die vor dem Tode ihrer Mutter in dem Geschäft als Prokuristin gearbeitet hatte, blieb auch nachher weiter in dem Geschäft tätig. Unter dem 24. Juni 1957 bevollmächtigte der Testamentsvollstrecker die Beklagte, "die Prokuristin der Firma sei, die Geschäfte dieser Firma allein und ausschließlich wie bisher zu führen". Am 17. Juli 1957 erteilte er mit Rücksicht auf seinen ständigen Wohnsitz in New York dem Bäckermeister M die "Vollmacht, ihn in allen Angelegenheiten das Testamentsvollstreckeramt betreffend zu vertreten". Am 1. August 1957 legte er sein Amt als Testamentsvollstrecker nieder.

In der Zwischenzeit glaubte der Bruder (Miterbe) der Beklagten, Unredlichkeiten seiner Schwester in dem Geschäft feststellen zu können, die eine Überschuldung des Nachlasses zur Folge gehabt hätten. Er beantragte deshalb am 31. Juli 1957 die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß seiner Mutter. In dem daraufhin eingeleiteten Ermittlungsverfahren bestritt die Beklagte die gegen sie erhobenen An-



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



schuldigungen, erklärte sich aber bereit, bis zur Entscheidung über den Konkursantrag ihre Rechte als Prokuristin nicht auszuüben; weiterhin war sie auch mit der Bestellung eines Sachwalters für die notwendige Überwachung des Betriebes einverstanden. Darauf bestellte das Konkursgericht am 7. August 1957 gemäß § 106 KO den Bäckermeister M zum Sequester des Unternehmens.

Unmittelbar vor der Niederlegung seines Amtes hatte der Testamentsvollstrecker am 1. August 1957 die Anordnung der Nachlaßverwaltung beantragt. Diesem Antrag kam das Nachlaßgericht am 7. August 1957 nach, hob jedoch am 10. August 1957 seinen Beschluß wieder auf, weil der Testamentsvollstrecker zur Stellung des Antrags nicht berechtigt gewesen sei.

Auf die Nachricht von der Anordnung der Nachlaßverwaltung zog der Bruder der Beklagten seinen Konkursöffnungsantrag mit Schreiben vom 10. August 1957 zurück. Diesen Rücknahmeantrag zog er jedoch am 12. August 1957 wieder zurück und verlangte die Fortsetzung des Konkursverfahrens. Im Rahmen dieses Verfahrens erging dann unter dem 20. September 1957 gegen beide Erben ein allgemeines Veräußerungsverbot.

Am 1. Oktober 1957 nahm der Bruder seinen Antrag auf Eröffnung des Konkurses erneut zurück und beantragte nunmehr zusammen mit der Beklagten zur Abwendung des Nachlaßkonkurses die Eröffnung des Vergleichsverfahrens gemäß § 113 VerglO. Das Konkursgericht hob daraufhin am 1. Oktober 1957 seine beiden Beschlüsse vom 7. August 1957 und vom 20. September 1957 auf und bestellte am gleichen Tag den Kaufmann Dr. von S zum vorläufigen Verwalter. Zur Vermeidung einer möglicherweise das Vergleichsverfahren ungünstig beeinflussenden Veröffentlichung eines allgemeinen Veräußerungsverbots gaben die beiden Miterben eingehende Verzichtserklärungen hinsichtlich gewisser Ver-

fügungsbefugnisse ab. Am 9. November 1957 wurde sodann das Vergleichsverfahren eröffnet.

Am 17. Dezember 1957 stellte das Amtsgericht das Vergleichsverfahren mit der Begründung ein, daß der Antrag unzulässig gewesen sei, weil inzwischen eine unbeschränkte Erbenhaftung eingetreten sei. Gleichzeitig ordnete das Amtsgericht die Eröffnung des Nachlaßkonkurses an und bestellte den Kaufmann Dr. von S zum Konkursverwalter. In einem sich daran anschließenden Beschwerdeverfahren nahmen beide Erben ihren Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens zurück. Am 26. Juni 1958 stellte der Konkursverwalter den Betrieb des bis dahin fortgeführten Handelsgeschäfts ein.

Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen ihrer Forderung, die bis zum 9. August 1957 entstanden ist, aus § 27 HGB in Anspruch.

Die Beklagte ist diesem Antrag in eingehenden Rechtsausführungen entgegengetreten.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Abweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Im Anschluß an die höchstrichterliche Rechtsprechung (vgl. RGZ 132, 142; 172, 199; BGHZ 12, 100) legt das Berufungsgericht dar, daß ein Testamentsvollstrecker das zum Nachlaß gehörende Handelsgeschäft nur in der Form fortführen könne, daß er es entweder im eigenen Namen als uneigennütziger Treuhänder unter eigener persönlicher Haftung weiterführt oder daß er es auf Grund einer besonderen Bevollmächtigung seitens der Erben im Namen der Erben unter ihrer persönlichen Haftung weiterführt; dagegen könne er ein solches Handelsgeschäft nicht schon allein auf Grund

seiner Stellung als Testamentsvollstrecker weiterführen, weil er als Testamentsvollstrecker eine unbeschränkte persönliche Haftung der Erben nicht herbeiführen könne (vgl. §§ 2206/07 BGB), eine solche unbeschränkte persönliche Haftung aber mit der Führung eines Einzelhandelsgeschäfts immer notwendigerweise verbunden sein müsse. Das Berufungsgericht gelangt sodann im Hinblick auf die hier gegebenen Tatumstände zu dem Ergebnis, daß im vorliegenden Fall der Testamentsvollstrecker das Geschäft nicht als uneigennütziger Treuhänder im eigenen Namen fortgeführt habe. Vielmehr könne - so meint das Berufungsgericht - nach Lage der Sache in dem Tätigwerden des Testamentsvollstreckers nur ein Handeln für die Erben im Rahmen einer Bevollmächtigung gesehen werden. Das bedeute, daß die Erben das Geschäft selbst fortgeführt hätten. Demzufolge hafteten sie nach § 27 HGB persönlich und unbeschränkt für die in dem Geschäft begründeten Verbindlichkeiten, da sie den Betrieb des Geschäfts nicht innerhalb der in § 27 Abs. 2 HGB vorgesehenen Frist eingestellt hätten.

Der vorliegende Sachverhalt gibt keinen Anlaß, zu der dargelegten höchstrichterlichen Rechtsprechung nochmals Stellung zu nehmen und namentlich die eingehend begründeten Bedenken von Siebert (vgl. Festschrift für Hueck 1959 S. 335 f) gegen diese Rechtsprechung zu erörtern. Auch kann es auf sich beruhen, ob nach den hier gegebenen tatsächlichen Verhältnissen die Annahme des Berufungsgerichts haltbar ist, daß die Erben den Testamentsvollstrecker bevollmächtigt haben, das Geschäft in ihrem Namen weiterzuführen. Denn jedenfalls muß die Haftung der Beklagten für die in dem Geschäft begründeten Verbindlichkeiten aus einem anderen Rechtsgrund bejaht werden.

II. Unstreitig ist das Geschäft auch über den 1. August 1957 hinaus, nachdem der Testamentsvollstrecker sein Amt niedergelegt hatte, länger als drei Monate weitergeführt

worden. Das müssen die Erben, also auch die Beklagte, als die Inhaber des Geschäfts nach § 27 HGB gegen sich gelten lassen. Denn entscheidend ist in diesem Zusammenhang, daß diese Weiterführung des Geschäfts über den 1. August 1957 hinaus mit Willen und im Namen der Erben vorgenommen worden ist.

1. Zunächst ist das Geschäft durch den nach § 106 KO eingesetzten Sequester fortgeführt worden. Das tat der Sequester im Namen und mit Willen der Erben, also allein auf Grund der Befugnisse, die ihm von den Erben eingeräumt worden waren. Denn aus einer gerichtlichen Bestellung ergaben sich diese Befugnisse für den Sequester nicht. Das Konkursgericht konnte im Rahmen des § 106 KO nur Sicherungsmaßnahmen treffen, nicht dagegen den Sequester ermächtigen, das Geschäft ähnlich wie ein Konkursverwalter weiterzuführen und zu liquidieren. Die Erben haben sich nach dem unstreitigen Sachverhalt auch damit einverstanden erklärt, daß der Sequester für sie das Geschäft fortführe, und die Beklagte hat sich seit dieser Zeit jeder eigenen Geschäftsführungsmaßnahme enthalten. Diese Tätigkeit des Sequesters müssen sich die Erben im Rahmen des § 27 HGB zurechnen lassen. Die Rechtslage ist insofern grundsätzlich anders wie bei der Fortführung des Geschäfts durch einen Konkursverwalter. Dieser übt seine Tätigkeit auf Grund eines eigenständigen Rechts aus, das ihm durch die gerichtliche Ernennung nach Maßgabe der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen übertragen wird; die Ausübung dieses Rechts ist von dem Willen der Erben unabhängig und ist demgemäß keine Rechtsausübung namens der Erben. Aus diesem Grunde kann sie im Rahmen des § 27 HGB auch nicht den Erben zugerechnet werden.

2. Nach der Abberufung des Sequesters durch das Konkursgericht ist das Geschäft mit Willen der Erben im Rahmen des eingeleiteten gerichtlichen Vergleichsverfahrens

durch den vorläufig bestellten Verwalter Dr. von S fortgeführt worden. Das konnte nur geschehen, indem die Erben, und zwar auch die Beklagte, dem Verwalter eine entsprechende Befugnis übertragen hatten, weil auch hier die gerichtliche Bestellung allein nicht dazu führen kann, daß der Verwalter das Geschäft nunmehr im Namen der Erben fortführte. Denn durch die gerichtliche Bestellung kann der Verwalter nur die Befugnisse erhalten, die kraft gesetzlicher Vorschriften mit dem Amt eines Vergleichsverwalters verbunden sind. Zu diesen Befugnissen gehört nicht das Recht zur selbständigen Fortführung des Geschäfts namens des Vergleichsschuldners. Hierzu bedarf der Vergleichsverwalter vielmehr einer besonderen Vollmacht der Erben (vgl. Böhle-Stamschräder, Komm. VerglO § 57, 2 g; Kiesow, KonkTreuH 1935, 113). Diese Vollmacht hat der Vergleichsverwalter im vorliegenden Fall auch von den Erben erhalten, indem diese sich untereinander und gegenüber dem Verwalter verpflichteten, von der Ausübung ihrer Verfügungsbefugnisse zugunsten des Verwalters abzusehen.

Aus dem Zweck des Vergleichsverfahrens läßt sich nicht herleiten, daß die Erben die Tätigkeit eines von ihnen mit der Fortführung des Geschäfts bevollmächtigten Vergleichsverwalters sich im Rahmen des § 27 HGB nicht anrechnen zu lassen brauchen. Wenn auch das gerichtliche Vergleichsverfahren dem Geschäftsinhaber (Vergleichsschuldner) die Möglichkeit eröffnen will, im Interesse einer Erhaltung wirtschaftlicher Werte eine Herabsetzung seiner Schulden herbeizuführen, so kann dieser Zweck nicht zur Folge haben, daß damit für die Dauer des Vergleichsverfahrens eine Anwendung des § 27 HGB ausgeschlossen ist. Die Erben müssen sich bei einem notleidenden Geschäft vor Ablauf von drei Monaten entschließen, ob sie das Geschäft fortführen und das Wagnis einer eigenen Haftung in Kauf nehmen wollen oder nicht. Nehmen sie dieses Wagnis in

Kauf, dann müssen sie auch die sich daraus ergebenden Folgen tragen. Es wäre durch den Zweck des gerichtlichen Vergleichsverfahrens nicht gerechtfertigt, wenn sie das Risiko eines erfolglosen Abschlusses des gerichtlichen Vergleichsverfahrens von sich abwälzen könnten, und zwar in der Weise, daß sie beim Scheitern eines gerichtlichen Vergleichs ihre Haftung aus § 27 HGB durch Einstellung des Geschäftsbetriebes auch noch nach Ablauf von mehreren Monaten ausschließen oder daß sie beim Gelingen eines gerichtlichen Vergleichs die damit verbundenen Vorteile für sich in Anspruch nehmen. Die Erben würden damit besser stehen als der Vergleichsschuldner, der dieses Risiko stets selbst tragen muß.

Aus alledem ergibt sich, daß jedenfalls seit dem 1. August 1957 das Geschäft der Erblasserin von ihren Erben fortgeführt worden ist und daß sie den Betrieb des Geschäfts nicht vor Ablauf von drei Monaten eingestellt haben. Dem kann auch nicht mit der Revision entgegengehalten werden, daß sich die Beklagte seit August 1957 jeder eigenen Tätigkeit bei der Führung des Geschäfts enthalten und nicht einmal mehr die Geschäftsräume betreten hat. Denn für die Anwendung des § 27 HGB ist es nicht notwendig, daß der Erbe das Geschäft durch eigene Tätigkeit selbst fortführt, es genügt vielmehr, wenn er es in seinem Namen durch einen anderen fortführen läßt (RGZ 132, 144; BGHZ 30, 395). Das aber ist hier, wie bereits dargelegt, nach dem unstreitigen Sachverhalt geschehen.

Somit hat das Berufungsgericht im Ergebnis mit Recht die Vorschrift des § 27 HGB angewendet und der Klage

stattgegeben. Die Revision der Beklagten muß demgemäß mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Dr. Nörr

Liesecke