

Verkündet
am 14. Juli 1958

2509 070

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 Firma H. [REDACTED] & M. [REDACTED], Inh. Karl K. [REDACTED], in
W. [REDACTED]-El. [REDACTED], Ha. str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Kaufmann Otto B. [REDACTED] in E. [REDACTED], A. [REDACTED] str. [REDACTED],
Beklagten zu 1,

2. den Kaufmann Heinz He. [REDACTED] in E. [REDACTED], als Inhaber
der Firma He. [REDACTED] & B. [REDACTED], Südfrüchte, Import
und Großhandel, in E. [REDACTED], Am D. [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten zu 2 und Revisionsbe-
klagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1958 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Haidinger, Dr. Nörr, Dr. Haager und Dr. Reinicke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
18. Zivilsenates des Oberlandesgerichts in Hamm vom
7. März 1957 wird auf Kosten der Klägerin zurückge-
wiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte zu 1 (im folgenden B. genannt) importierte seit dem Jahre 1929 unter der eingetragenen Firma "Otto B." Obst und Südfrüchte und lieferte die Ware, die er waggonweise bezog, dem Großhandel in ganzen Waggons oder Teilen davon. Seit Anfang 1954 hatte er auch einen Stand auf dem Großmarkt in E., von dem er den Einzelhandel belieferte; dieses Geschäft ließ er durch seinen Schwiegersohn, den Beklagten zu 2 (im folgenden "der Beklagte" genannt) und durch seine Tochter betreiben. Am 14. Dezember 1954 gründeten B. und der Beklagte eine offene Handelsgesellschaft unter der Firma "He. & B.", Import und Großhandel" (Amtsgericht Essen, HRA 10069). Geschäftsführung und Vertretung standen ausschließlich dem Beklagten zu. Die Gesellschaft belieferte den Einzelhandel von dem Großmarktstand, den früher B. innegehabt hatte. B. hatte nämlich der Marktverwaltung E. am 30. November 1954 geschrieben, er habe seinen Schwiegersohn als Teilhaber aufgenommen und bitte, die Mietverträge auf B. & He. abzuändern; die Marktverwaltung hatte daraufhin am 18. Januar 1955 den Mietvertrag über den Büroraum im Verwaltungsgebäude des Großmarktes auf diese Firma umgeschrieben, und am gleichen Tage hatte der Unterausschuß für die Marktverwaltung festgestellt, daß das Überlassungsverhältnis bezüglich des Marktstandes durch die Änderung der Form der Firma beendet sei, und beschlossen, den Stand der Firma B. & He. zu vergeben. Am 25. März 1955 wurde die offene Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt; B. schied als persönlich haftender Gesellschafter aus und wurde Kommanditist. Später trat er auch als Kommanditist aus der Gesellschaft aus. B. führte sein Geschäft nach der Gründung der offenen Handelsgesellschaft unter der alten Firma, die im Handelsregister eingetragen blieb, weiter fort; er be-

schränkte sich allerdings auf die Belieferung des Großhandels. Am 29. Juni 1955 leistete er den Offenbarungseid.

Die Klägerin hat für B. den Kauf von Waren vermittelt und verlangt hierfür von ihm und dem Beklagten gesamtschuldnerisch eine Provision von 3064,55 DM. Sie verlangt weiter, weil sie den Verkäufern der Waren gegenüber eine Delcrederehaftung eingegangen und hieraus in Anspruch genommen worden sei, einen Betrag von 1455 DM und in der zweiten Instanz einen weiteren derartigen (Teil-) Betrag von 1375,45 DM. Schließlich begehrt sie Zahlung von 205 DM, da sie sich, um zu ihrem Gelde zu kommen, an einen Kreditoren-Schutzverband gewandt habe, der für seine Bemühungen diesen Betrag von ihr gefordert habe. Die Klägerin verlangt also insgesamt 6100 DM nebst Zinsen. Sie ist der Ansicht, der Beklagte hafte für die in der Person B. entstandenen und aus der Zeit vor der Gründung der offenen Handelsgesellschaft stammenden Verbindlichkeiten, weil er in das Geschäft B. eingetreten sei, weil er das Vermögen B. übernommen und weil er sie, die Klägerin, durch eine unerlaubte Handlung geschädigt habe.

Das Landgericht hat, nachdem es B. durch Versäumnisurteil verurteilt hatte, die Klage gegen den Beklagten abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte sei nicht in das Geschäft B. als solches, d.h. als



ganzes eingetreten. Die offene Handelsgesellschaft, die zwischen B[REDACTED] und dem Beklagten geschlossen worden sei, habe vielmehr neben dem Geschäft B[REDACTED] bestanden. B[REDACTED] habe vor Gründung der Gesellschaft unter einer einheitlichen Firma zwei Arten von Geschäften betrieben, die Belieferung des Großhandels (Waggongeschäft) und die Belieferung des Einzelhandels (Standgeschäft). Die offene Handelsgesellschaft habe aber nur das Standgeschäft betrieben und B[REDACTED] habe nach Gründung der Gesellschaft das Waggongeschäft fortgeführt.

Die Revision greift diese Ausführungen des Berufungsgerichts an. Sie ist der Auffassung, das Berufungsgericht habe übersehen, daß B[REDACTED] bereits in seinem Schreiben vom 30. November 1954 der Marktverwaltung der Stadt E[REDACTED] mitgeteilt habe, er habe den Beklagten als Teilhaber aufgenommen. Daraus, daß B[REDACTED] der Marktverwaltung diese Mitteilung gemacht habe, ergebe sich zwingend der Schluß, daß B[REDACTED] den Beklagten bereits vor Abfassung des Schreibens vom 30. November 1954 in sein Geschäft aufgenommen habe. Der Beklagte sei also bereits vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages vom 14. Dezember 1954 und dem Tätigkeitsbeginn der offenen Handelsgesellschaft (20. Dezember 1954) in das Geschäft B[REDACTED] als solches eingetreten und hafte demgemäß, unabhängig von dem späteren Gesellschaftsvertrage, gemäß § 28 HGB für die Verbindlichkeiten B[REDACTED].

Den Ausführungen der Revision konnte nicht gefolgt werden. Die Revision hat sich mit ihren Ausführungen zu dem Vorbringen der Parteien in den Tatsacheninstanzen in Widerspruch gesetzt. Die Klägerin hat in den Tatsacheninstanzen vorgetragen, der Beklagte sei am 20. Dezember 1954 in das Geschäft B[REDACTED] eingetreten. Die Klägerin hat aus dem Schreiben B[REDACTED] vom 30. November 1954 lediglich den Schluß gezogen, es habe dem wirklichen Willen B[REDACTED] und des Beklagten entsprochen, daß B[REDACTED] den Beklagten später,

durch die Gesellschaftsgründung, in sein Geschäft aufgenommen und nicht etwa eine Gesellschaft begründet habe, die von seinem Geschäft unabhängig sei. Die Klägerin hat also in den Tatsacheninstanzen nicht vorgetragen, der Beklagte sei bereits vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages und vor dem Tätigkeitsbeginn der Gesellschaft in das Geschäft B. eingetreten. Die Klägerin kann daher mit diesem Vorbringen in der Revisionsinstanz nicht mehr gehört werden. Es bestand für das Berufungsgericht, entgegen der Auffassung der Revision, auch keine Veranlassung, gemäß § 139 ZPO zu klären, ob der Beklagte zu einem früheren Zeitpunkt in das Geschäft B. eingetreten sei, als die Klägerin vorgetragen hatte.

Die Ausführungen der Revision stehen auch in Widerspruch zu den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts. Das Berufungsgericht hat festgestellt, B. habe zwar in seinem Schreiben vom 30. November 1954 an die Marktverwaltung der Stadt E. davon gesprochen, er habe den Beklagten in sein Geschäft aufgenommen; hiervon hätten die Beteiligten aber später abgesehen, und dies sei offenbar deshalb geschehen, weil das Importgeschäft (Waggongeschäft) B. verbleiben und nicht in die Gesellschaft eingebracht werden sollte. Diese Feststellungen des Berufungsgerichts sind für das Revisionsgericht bindend. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, der Beklagte sei nicht in das Geschäft B. als solches eingetreten, lassen somit keinen Rechtsirrtum erkennen.

2. Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, B. könne höchstens seine Abteilung "Großmarkthandel", die einen unselbständigen Teil des Gesamtgeschäftes dargestellt habe, durch die Gesellschaftsgründung abgezweigt und den Beklagten insoweit in sein Geschäft aufgenommen haben. Es könne aber dahingestellt bleiben, ob der Beklagte in das Marktgeschäft B. eingetreten sei. Selbst wenn dies

der Fall wäre, würde der Beklagte nicht gemäß § 28 HGB haften. Wenn ein Inhaber mehrere Arten von Geschäften betreibe, brauche die neu begründete Gesellschaft, die lediglich einen Teil der Geschäfte übernommen habe, für die alten Geschäftsschulden nur einzustehen, wenn sie den Kern des alten Geschäftes übernommen habe. Diese Voraussetzung sei nicht gegeben. Die Abteilung Waggongeschäft habe zur Zeit der Gründung der offenen Handelsgesellschaft wirtschaftlich nicht einen so nebensächlichen Teil des Gesamtgeschäftes gebildet, daß mit dem Standgeschäft in Wirklichkeit der Kern des Gesamtgeschäftes der offenen Handelsgesellschaft zugefallen und deshalb nach dem Rechtsschein in Wahrheit eine Fortführung des alten Geschäftes vorliege. Das Berufungsgericht hat dies näher dargelegt und, unter Beachtung der verschiedenen Gewinnspannen, hierbei vor allem berücksichtigt, daß von dem im Jahre 1954 erzielten Umsatz von insgesamt 1 025 000 DM nur ein Betrag von 185 000 DM auf das Standgeschäft entfallen sei und daß B. in der Zeit zwischen dem 1. Januar und dem 20. April 1955 in dem von ihm selbständig weiterbetriebenen Waggongeschäft noch einen Umsatz von rund 86 000 DM erzielt habe.

Die Revision greift diese Ausführungen in mehrfacher Hinsicht an. Sie ist der Ansicht, das Geschäft, das B. vor der Gründung der offenen Handelsgesellschaft geführt habe, sei identisch mit dem Geschäft, das die offene Handelsgesellschaft betrieben habe.

a) Die Revision führt aus, das Berufungsgericht vertrete die rechtsirrigte Ansicht, "daß eine von der Firma Otto B. unabhängige Firma He. & B. OHG gegründet worden sei, da schon eine Übertragung des Großmarktstandes wegen des öffentlichrechtlichen Überlassungsverhältnisses nicht habe erfolgen können". Die Revision meint, es sei zwar richtig, daß der Inhaber eines Marktstandes in E. den Marktstand gemäß der E. Marktordnung nicht

auf Grund eines Mietvertrages, sondern auf Grund eines öffentlichrechtlichen Überlassungsverhältnisses besitze, und es sei auch zutreffend, daß die Marktverwaltung am 18. Januar 1955 festgestellt habe, durch die Änderung der Firma Otto B. in B. & Hen. habe das Überlassungsverhältnis ein Ende gefunden. Die Revision meint aber, das Berufungsgericht habe aus diesen öffentlichrechtlichen Vorschriften, die ein bestimmtes Verhalten ihrer Behörde erforderten, zu Unrecht Schlüsse auf die internen Vorgänge zwischen B. und dem Beklagten gezogen.

Die Revisionsrüge ist nicht berechtigt. Das Berufungsgericht hat den von der Revision gerügten Fehler nicht begangen. Es hat aus der Tatsache, daß das Rechtsverhältnis zwischen dem Inhaber eines Marktstandes und der Stadt E. öffentlichrechtlicher Natur ist und B. den Marktstand der offenen Handelsgesellschaft nicht übertragen konnte, nicht den Schluß gezogen, der Beklagte sei nicht in das Marktgeschäft B. eingetreten. Das Berufungsgericht hat vielmehr bei der Frage, ob der Beklagte in das Geschäft B. eingetreten sei, lediglich untersucht, welches Geschäftsvermögen auf die Gesellschaft übergegangen sei; hierbei hat das Berufungsgericht festgestellt, B. habe den Marktstand der Gesellschaft nicht mietweise überlassen, sondern habe lediglich durch Aufgabe des Standes dahin gewirkt, daß die Stadt E. den Stand nunmehr an die Gesellschaft vergebe. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsirrtum erkennen.

b) Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Gesellschaftsgründung den Zweck gehabt habe, den Marktstand dem Beklagten zuzuschancen. Wenn B. und der Beklagte eine von dem früheren Marktgeschäft völlig unabhängige Gesellschaft gegründet hätten, so wäre der Marktstand der Gesellschaft voraussichtlich nicht zugesprochen worden.

11

Auch diese Rüge der Revision wird den Ausführungen des angefochtenen Urteils nicht gerecht. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß die Gründung der Gesellschaft unter einer Firma, die den Namen B [REDACTED] enthielt, vor allem den Zweck hatte, daß die Gesellschaft den Marktstand zugewiesen erhielt (Berufungsurteil S. 9 unten, S. 10 oben). Hieraus könnte aber höchstens folgen, daß der Beklagte durch die Gründung der offenen Handelsgesellschaft in das Standgeschäft B [REDACTED] eingetreten wäre. Daß dies der Fall ist, hat das Berufungsgericht aber unterstellt. Aus dem Eintritt des Beklagten in das Standgeschäft folgt jedoch nicht, daß der Beklagte gemäß § 28 HGB für die Verbindlichkeiten B [REDACTED] haften müßte. Dies wäre, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nur der Fall, wenn das Standgeschäft den Kern des von B [REDACTED] betriebenen Geschäfts dargestellt hätte. "Der Zusammenhang zwischen dem Geschäft des Einzelkaufmannes (B [REDACTED]) und dem Geschäft der durch den Eintritt des neuen Gesellschafters (Beklagten) gebildeten Gesellschaft muß so stark sein, daß von einer nahezu unveränderten Fortführung des Geschäfts gesprochen werden kann. Es ist das ein Erfordernis, das sich daraus ergibt, daß der Vertrauensschutz, auf dem die Regelung des § 28 HGB beruht, auf dem Schein der Unveränderlichkeit des Geschäfts trotz der Veränderung der Inhaber aufgebaut ist" (Schlegelberger/Hildebrandt HGB 3. Aufl. § 28 Anm. 2). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verneint, da B [REDACTED] das Waggongeschäft unter seiner alten Firma fortgeführt habe und dieses Geschäft auch nicht bedeutungslos gewesen sei.

c) Die Revision ist der Ansicht, die Identität zwischen dem von B [REDACTED] und dem von der offenen Handelsgesellschaft betriebenen Geschäft ergebe sich auch daraus, daß sowohl die Firma Otto B [REDACTED] als auch die offene Handelsgesellschaft das Importgeschäft betrieben hätten. Hierdurch hätte zwangsläufig eine Konkurrenzgefahr entstehen müssen.

Es sei weiter zu beachten gewesen, daß der bisherige Kundenkreis der Firma Otto B. durch das Auftauchen eines weiteren Handelsunternehmens mit gleichem Firmenteil aus der gleichen Stadt abgeschreckt werde, da die ausländischen Lieferanten mit den unübersichtlichen Verhältnissen bei B. und dem Beklagten nicht hätten vertraut sein können. Dies würde den Gründungszweck der offenen Handelsgesellschaft hinfällig erscheinen lassen. Diesen Umstand habe das Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen; hierdurch habe es gegen § 286 ZPO verstossen.

Die Rüge der Revision ist nicht berechtigt. Die Firma Otto B. und die Firma He. & B. haben im Jahre 1955 jeweils unter ihrer Firma Waren importiert. Hieraus folgt, daß B. und der Beklagte die Gefahren, die ihnen hieraus nach der Auffassung der Revision erwachsen, in Kauf genommen haben, ergibt sich aber nicht die Identität der von den beiden Firmen betriebenen Geschäfte.

II.

Die Revision wendet sich weiter gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe das Vermögen B. nicht übernommen. Die Gesellschaft habe den wertvollen Marktstand und auch den good will der Firma B. übernommen, der jedenfalls in den ausländischen Kreisen eine Rolle gespielt habe, denen die schlechte Lage der Firma Otto B. noch nicht bekannt gewesen sei. Dieser Revisionsangriff konnte keinen Erfolg haben. Eine Haftung des Beklagten gemäß § 419 BGB scheitert, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, schon daran, daß B. erhebliche Vermögenswerte nicht auf die Gesellschaft übertragen hat; dies gilt vor allem für die Aussenstände, die über 44.237,56 DM betragen haben, und für den Warenbestand, der einen Wert von 18.470 DM gehabt hat.

III.

Das Berufungsgericht hat schließlich eine Haftung des Beklagten aus § 826 BGB verneint. Es hat ausgeführt, durch die Gesellschaftsgründung seien die Gläubiger B. nicht geschädigt worden; jedenfalls fehle es aber an den subjektiven Voraussetzungen dieser Bestimmung.

1. Die Revision ist demgegenüber der Ansicht, B. habe den Marktstand verkaufen können. Dadurch, daß er dies nicht getan, den Marktstand vielmehr dem Beklagten zugeschoben habe, habe er zusammen mit dem Beklagten seine Gläubiger benachteiligt. Diese Rüge der Revision ist nicht berechtigt. Das Berufungsgericht hat zutreffend ausgeführt, daß der Anspruch B. auf Benutzung des Marktstandes kein Recht gewesen sei, das im Wege der Zwangsvollstreckung verwertet werden konnte. Die Gläubiger B. hätten, wie das Berufungsgericht weiterhin zutreffend ausgeführt hat, im übrigen auch nicht verhindern können, daß B. das Marktgeschäft aufgegeben hätte, und B. hätte, wie dem Beklagten nicht zu widerlegen sei, das Standgeschäft aufgeben, wenn der Beklagte (was er vorgehabt habe), sich (in anderer Weise als durch die Geschäftsgründung) selbständig gemacht hätte; B., der damals schon über 70 Jahre alt und krank und geschäftlichen Schwierigkeiten nicht mehr gewachsen gewesen sei, habe von dem Marktstand nie viel gehalten, habe vielmehr starrköpfig an seinem alten Importgeschäft (Waggongeschäft) festgehalten.

2. Die Revision ist weiter der Ansicht, das Berufungsgericht habe auch zu Unrecht das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 826 BGB verneint. B. habe bei seiner Vernehmung im Strafverfahren selbst zugegeben, daß er und der Beklagte sich über die Schädigung der Gläubiger im klaren gewesen seien und die Gesellschaftsgründung in erster Linie diesem Zwecke gedient habe.

Diese Ausführungen der Revision widersprechen dem Vortrag der Parteien in den Tatsacheninstanzen. B. hat bei seiner Vernehmung im Strafverfahren (Amtsgericht Essen 44 Cs 713/56 S. 48) lediglich angegeben, er sei im März 1955 aus der offenen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter ausgeschieden, damit seine Gläubiger sich nicht an das Vermögen der Gesellschaft halten könnten. Hieraus ergibt sich aber, wie das Berufungsgericht mit Recht dargelegt hat, nicht die Folgerung, daß der Beklagte durch die Gründung der Gesellschaft im Dezember 1954 Gläubiger des B. benachteiligen wollte.

Die Revision führt weiter aus, für eine derartige Benachteiligungsabsicht spreche auch, daß alle greifbaren Vermögenswerte B. der offenen Handelsgesellschaft zugeschanzt und daß nach Gründung der Gesellschaft von dieser Waren veräußert worden seien, die B. gekauft, aber nicht bezahlt habe. Diese Ausführungen der Revision stehen in Widerspruch zu den Feststellungen des Berufungsgerichts, daß B. seine Aussenstände (44237,56 DM) und den Warenbestand (18 470 DM) nicht auf die Gesellschaft übertragen habe. Die Klägerin hat im übrigen auch nicht die Behauptung des Beklagten widerlegt, die Gesellschaft habe die Waren, die sie von B. bezogen habe, stets bezahlt.

Da somit die Rügen der Revision nicht berechtigt sind und das Urteil auch sonst keinen Rechtsirrtum erkennen läßt,

war die Revision, mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO, zurückzuweisen.

Dr. Nastelski Dr. Haidinger Dr. Nörr Dr. Haager Dr. Reinicke