

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Versäumnis-URTEIL

VIII ZR 111/80

Verkündet am

16. September 1981

W a l z,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Dietmar van A■■■■, B■■■■ in D■■■■,
2. der van A■■■■ Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Co.,
Gaststättenbetriebs- und Vertriebs-Kommanditgesellschaft i.L.,
B■■■■ in D■■■■, vertreten durch ihren Liquidator,
den Beklagten zu 1)
3. der van A■■■■ Gesellschaft mit beschränkter Haftung i.L.,
B■■■■ in D■■■■, vertreten durch den Liquidator,
den Beklagten zu 1),

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■■■■ -

g e g e n

die "S■■■■", Di■■■-Kn■■■, Paul Bl■■■■ KG, vertreten durch
den persönlich haftenden Gesellschafter Kaufmann Paul Bl■■■■,
beide in Be■■■■, K■■■■,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. ■■■■ und
Dr. ■■■■ -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. September 1981 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Hiddemann, Hoffmann, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der weitergehenden Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 6. März 1980 im Kostenpunkt und in der Hauptsache aufgehoben, soweit die Beklagten zur Zahlung von mehr als 82.423,15 DM nebst 14 % Zinsen

aus 24.907,95 DM vom 4. November 1978 bis
3. Dezember 1978,

aus 49.815,90 DM vom 4. Dezember 1978 bis
3. Januar 1979,

aus 74.723,85 DM vom 4. Januar 1979 bis
3. Februar 1979,

aus 99.631,80 DM vom 4. Februar 1979 bis
6. März 1979,

aus 94.631,80 DM vom 7. März 1979 bis
5. April 1979,

aus 78.000,45 DM vom 6. April 1979 bis
13. Februar 1980 und

aus 82.423,15 DM seit dem 14. Februar 1980

verurteilt worden sind, der Beklagte zu 1) abzüglich des durch Teilanerkennnisurteil vom 8. März 1979 zuerkannten Betrages von 56.640,64 DM.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben die Beklagten zu 2) und 3) 9/10 als Gesamtschuldner zu tragen. Im übrigen wird die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht übertragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen



Tatbestand

Die Klägerin verpachtete dem Beklagten zu 1) mit undatiertem Vertrag ab 1. Juni 1976 ihre in gemieteten Räumen im Hause D[REDACTED], B[REDACTED] betriebene Discothek "S[REDACTED] Di[REDACTED] Kn[REDACTED]" bis zum 30. September 1982.

§ 4 des Pachtvertrages lautet:

"Die Pacht für das gesamte Pachtobjekt beträgt monatlich insgesamt DM 19.719,60 zuzüglich des gültigen Mehrwertsteuersatzes und einer angemessenen Heizkosten-Pauschalvorauszahlung gemäß Heizkostenbelastung aus § 8, die zur Zeit DM 1.580 beträgt.

In dem Pachtvertrag zwischen dem Hauseigentümer und dem Verpächter wurde vereinbart, daß die Pacht sich im darauffolgenden Monat entsprechend erhöht oder senkt, wenn der vom Statistischen Bundesamt veröffentlichte Preisindex für die BRD bezüglich der Lebenshaltungskosten eines Vier-Personen-Arbeitnehmer-Haushaltes mit mittlerem Einkommen (1962 - 100) gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsbeginns um mehr als 10 % sinken oder steigen sollte. Für den Fall, daß der Verpächter aus dieser Vereinbarung vom Hauswirt in Anspruch genommen wird, verpflichtet sich der Pächter, den entsprechenden Betrag monatlich zusätzlich an den Verpächter zu zahlen. Für den Fall einer Ermäßigung wird dem Pächter entsprechender Betrag vergütet."

Am 16. März 1978 erlaubte die Klägerin dem Beklagten zu 1) die Aufnahme eines Geschäftspartners.



Wegen Zahlungsrückstandes kündigte die Klägerin am 16. Mai 1978 fristlos das Pachtverhältnis. Sie erstritt gegen den Beklagten zu 1) am 30. November 1978 ein erstinstanzliches Räumungsurteil, das rechtskräftig wurde (vgl. Senatsurteil vom 24. November 1980 - VIII ZR 208/79 = WM 1981, 46).

Am 10. Oktober 1978 wurde die Beklagte zu 2) in das Handelsregister eingetragen. Die Beklagte zu 3), die persönlich haftende Gesellschafterin der Beklagten zu 2), war bereits am 7. April 1978 eingetragen worden. Am Geschäftslokal B [REDACTED] wurde zu einem nicht festgestellten Zeitpunkt ein Firmenschild der Beklagten zu 2) angebracht. Der Gerichtsvollzieher, der das Räumungsurteil vollstrecken sollte, sah am 17. Februar 1979 und am 10. April 1979 von einer Räumung ab, weil nicht der Beklagte zu 1), sondern die Beklagte zu 2) den Gewahrsam an der Discothek habe. Das Räumungsurteil wurde schließlich am 18. Mai 1979 vollstreckt.

Im vorliegenden Verfahren begehrt die Klägerin Nutzungsentschädigung für die Zeit von November 1978 bis Februar 1979, die sie seit dem Berufungsrechtszug mit monatlich 26.489,11 DM, insgesamt 105.956,44 DM berechnet. Dieser Monatsbetrag setzt sich wie folgt zusammen:

19.719,60 DM	Pachtzins nach § 4 Abs. 1
	des Pachtvertrages
1.411,75 DM	Pachtzinserhöhung nach § 4 Abs. 2
2.535,76 DM	Umsatzsteuer (12 %) hierauf
1.580,00 DM	Heizkostenvorauszahlung
1.242,00 DM	Versicherungsbeiträge nach § 14
	des Pachtvertrages.

Weiterhin begehrt die Klägerin, erstmals in der Berufungsinstanz, Ersatz eines Betrages von 4.422,70 DM, den sie seit März 1978 aufgrund einer Wertsicherungsklausel zusätzlich an ihre Vermieterin zu entrichten hat. Während des Verfahrens zahlte der Beklagte zu 1) am 7. März 1979 5.000,-- DM und am 6. April 1979 16.631,35 DM an die Klägerin. Außerdem erkannte er in erster Instanz den Anspruch der Klägerin in Höhe von 56.640,64 DM an; hierüber erging am 8. März 1979 gegen ihn Teilanerkennnisurteil.

Die Beklagten zu 2) und 3) nimmt die Klägerin wegen Firmenfortführung, Vermögensübernahme und sittenwidriger Schädigung in Anspruch. Diese leugnen jegliche Haftung. Der Beklagte zu 1) wendet sich gegen die Berechnung der monatlich zu zahlenden Nutzungsentschädigung.

Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben. Auf Berufung und Anschlußberufung hin hat das Berufungsgericht unter Berücksichtigung einer im Berufungsverfahren erklärten Klagerücknahme in Höhe von 14.929,36 DM die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 88.747,79 DM nebst 14 % Zinsen, gestaffelt nach jeweiligen Fälligkeitszeitpunkten, zu zahlen, den Beklagten zu 1) jedoch abzüglich des durch Teilanerkennnisurteil zugesprochenen Betrages.

Die Beklagten zu 2) und 3) befinden sich nunmehr in Liquidation; Liquidator beider Gesellschaften ist der Beklagte zu 1).

Mit der Revision erstreben die Beklagten zu 2) und 3) die Abweisung der Klage. Der Beklagte zu 1) nimmt die Verurteilung zur Zahlung eines über den durch das Teilanerkennnisurteil zugesprochenen Betrag hinausgehenden

Betrages von 25.379,37 DM hin und beantragt Abweisung der Klage in Höhe von 6.727,78 DM. Ferner wendet er sich gegen die Höhe der der Klägerin zugesprochenen Zinsen.

Die ordnungsgemäß geladene Klägerin war in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht vertreten. Die Beklagten beantragten, durch Versäumnisurteil zu erkennen,

Entscheidungsgründe

A. Zur Revision des Beklagten zu 1)

I. Die Revision des Beklagten zu 1) ist zulässig. Seine Beschwer liegt zwar unter 40.000,00 DM, die der Streitgenossen, der Beklagten zu 2) und 3) übersteigt diese Grenze jedoch. Für die Zulässigkeit der Revision des Beklagten zu 1) reicht dies aus, denn die Summe der Einzelbelastungen aller Streitgenossen übersteigt die Revisionsgrenze (vgl. BGH, Beschl. v. 28. Oktober 1980 - VI ZR 303/79 = NJW 1981, 578 = WM 1981, 235 -).

II. Seine Revision ist teilweise begründet.

1. Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Forderung der Klägerin als Pachtzinsforderung (§ 581 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder als Anspruch auf Nutzungsentschädigung wegen verspäteter Rückgabe der Pachtsache (§ 597 BGB) gerechtfertigt ist. Nachdem aufgrund des Senatsurteils vom 24. November 1980 (WM 1981, 46) das gegen den Beklagten zu 1) ergangene Räumungsurteil rechtskräftig ist, steht auch die Wirksamkeit der von der Klägerin am 16. Mai 1978 ausgesprochenen fristlosen Kündigung fest. Somit entfallen für den im Streit befindlichen Zeitraum Pachtzinsansprüche. Vielmehr steht der

Klägerin gegen den Beklagten zu 1) ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung in Höhe des vertraglich geschuldeten Pachtzinses zu, deren Höhe - von der Frage der Zulässigkeit der Pachtzinserhöhung nach § 4 Abs. 2 des Pachtvertrages und der Anhebung der Versicherungsbeiträge abgesehen - unstreitig ist. Diese Entschädigung schuldet der Beklagte zu 1) der Klägerin auch, soweit er das Pachtobjekt nicht mehr selbst genutzt hat, sondern der Beklagten zu 2) zur Nutzung überlassen hat. Als Vertragspartner hat er dafür einzustehen, daß der Dritte, dem er das Pachtobjekt überlassen hat, dieses nach Beendigung des Vertragsverhältnisses dem Verpächter herausgibt.

2. Das Berufungsgericht errechnet die monatliche Nutzungsentschädigung auf 26.489,11 DM.

a) Hierin enthalten ist ein Betrag von 1.411,75 DM zuzüglich Mehrwertsteuer, den die Klägerin als Pachtzinserhöhung gemäß § 4 Abs. 2 des Pachtvertrages geltend macht. Gegen die Zuerkennung dieses Betrages wendet sich die Revision zu Recht.

aa) Das Berufungsgericht hat die von ihm zugrundegelegten Zahlen dem Schriftsatz der Klägerin vom 11. Dezember 1979 entnommen, ohne auf die insoweit erhobenen Einwände des Beklagten zu 1) einzugehen. Dieser hatte sich in seiner Berufungsbegründung gegen die Pachtzinsberechnung der Klägerin, der das Landgericht gefolgt war, gewandt. Dies geschah durch Bezugnahme auf das erstinstanzliche Vorbringen sowie auf Ausführungen in einem Parallelprozeß (10 U 26/79) zwischen den Parteien. Letzteres reichte aus.

In jenem Verfahren ging es nämlich gleichfalls um die Frage, inwieweit die Klägerin Pachtzinserhöhungen nach § 4 Abs. 2 des Pachtvertrages geltend machen durfte.

Indem der Beklagte zu 1) die Übereinstimmung der Streitpunkte herausstellte, gab er ausreichend deutlich zu erkennen, daß das Berufungsgericht die in jenem Schriftsatz angesprochenen Streitpunkte auch im vorliegenden Verfahren überprüfen sollte.

bb) Das Berufungsgericht billigt der Klägerin den erhöhten Betrag gemäß § 4 Abs. 2 des Pachtvertrages zu, obwohl die Erhöhung der von der Klägerin an den Grundstückseigentümer zu zahlenden Miete, die in § 4 Abs. 2 des Vertrages irrig als Pacht bezeichnet ist, schon vor Vertragsbeginn eingetreten war. Ersichtlich legt das Berufungsgericht die Klausel unter § 4 Abs. 2 des Pachtvertrages genauso aus wie im Parallelverfahren 10 U 26/79 (= VIII ZR 332/79), wo es ausgeführt hat, der Beklagte zu 1) habe der Klägerin alles zu ersetzen, was diese ihrer Vermieterin aufgrund der Gleitklausel des von ihr mit dem Hauseigentümer abgeschlossenen Mietvertrages zu entrichten habe.

In dem Urteil vom 12. Januar 1981 (VIII ZR 332/79 = WM 1981, 253) hat der Senat dargelegt, der Wortlaut der Vertragsbestimmung spreche dafür, dem Beklagten zu 1) nur solche Erhöhungen anzulasten, die nach Vertragsschluß entstanden seien. Mit Rücksicht darauf, daß gleichwohl nicht auszuschließen war, daß die Vertragsteile eine von der Klägerin bei Vertragsbeginn schon ihrem Vermieter geschuldete Mietzinserhöhung dem Beklagten zu 1) anlasten wollten, hat der Senat das damalige Verfahren zum Zweck weiterer Aufklärung dieses Punktes und erneuter Auslegung der Vertragsbestimmung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Entsprechend ist auch hier zu verfahren.

cc) Somit ist die Revision des Beklagten zu 1) begründet soweit er sich gegen die Belastung mit folgenden Beträgen wendet:

1

Erhöhungsbetrag für die Monate
November 1978 bis Februar 1979
(4 x 1.411,75 DM)

= 5.647,00 DM

12 % Umsatzsteuer

= 677,64 DM

6.324,64 DM
=====

Soweit die Revision für zwei Monate nur einen Umsatzsteuersatz von 11 % annimmt, ist darauf zu verweisen, daß sie irrtümlich die Monate November und Dezember 1977 zur Grundlage ihrer Erörterung gemacht hat. Da 1978 unstreitig ein Umsatzsteuersatz von 12 % galt, ist die Umsatzsteuer demgemäß zu berechnen.

b) Die Einwendungen des Beklagten zu 1) gegen die Höhe der Versicherungsprämien sind unbegründet. Diese betrugen 1978 und 1979 unstreitig 1.242,00 DM monatlich. Auch hier hat die Revision irrtümlich die Werte für 1977 angesetzt.

3. Die Revision des Beklagten zu 1) wendet sich weiterhin gegen die Höhe der vom Berufungsgericht zuerkannten Zinsen.

a) Sie hält lediglich einen Zinssatz von 5 % für gerechtfertigt und führt aus, der von der Klägerin vorgelegte Nachweis zur Höhe der von ihr gezahlten Zinsen betreffe einen Kredit, den die F[REDACTED] AG Z[REDACTED] der "W[REDACTED] R[REDACTED] Paul Bl[REDACTED] KG", nicht der Klägerin gewährt habe.

Dieser Revisionsangriff geht fehl. Nach den Feststellungen des Landgerichts (S. 8 des landgerichtlichen Urteils), die das Berufungsgericht ersichtlich übernommen hat, ist die

Klägerin mit der Firma "W [REDACTED] R [REDACTED]" identisch. Das hat auch der erkennende Senat in dem Urteil vom 24. November 1980 (a.a.O.) angenommen.

b) Auf die allgemeine Sachrüge hin war jedoch auszusprechen, daß für den im Berufungsrechtszug mit Schriftsatz vom 21. Dezember 1979 erstmalig geltend gemachten Betrag von 4.422,70 DM Zinsen nicht schon ab 1. Januar 1980 verlangt werden können. Dieser Schriftsatz ist ausweislich der Akten dem Beklagtenvertreter nicht mitgeteilt worden. Es ist nicht ersichtlich, daß der Betrag schon zuvor angemahnt worden war. Daher können Rechtshängigkeitszinsen (§ 291 BGB) erst vom Tage der mündlichen Verhandlung an, dem 14. Februar 1980, zugebilligt werden.

4. Nach allem sind folgende Forderungen der Klägerin als berechtigt anzuerkennen:

Nutzungsentschädigung für November 1978 bis Februar 1979 (19.719,60 DM x 4)	= 78.878,40 DM
12 % Umsatzsteuer hierauf (auch für 1979 verlangt die Klägerin nur 12 %)	9.465,40 DM
Versicherungsprämien (1.242,00 DM x 4)	4.968,-- DM
Heizkostenvorauszahlung (1.580,00 DM x 4)	6.320,-- DM
weiterer Erhöhungsbetrag (vom Beklagten zu 1) anerkannt)	<u>4.422,70 DM</u>
	104.054,50 DM
abzüglich gezahlter	<u>21.631,35 DM</u>
verbleiben	<u>82.423,15 DM</u> =====

Soweit der Beklagte seine Verurteilung zur Zahlung eines höheren Betrages abzüglich der durch Teilanerkennnisurteil vom 8. März 1979 zugesprochenen 56.640,64 DM bekämpft, ist seine Revision begründet. Die zu verzinsenden Beträge sind entsprechend herabzusetzen.

B. Zur Revision der Beklagten zu 2) und 3)

Die Revision der Beklagten zu 2) und 3) ist im wesentlichen unbegründet.

I. Das Berufungsgericht folgert deren Haftung aus §§ 25, 128 HGB und führt aus, die Beklagte zu 2) habe die Firma des Beklagten zu 1) fortgesetzt. Der Zusatz "Gaststättenbetriebs- und Vertriebs KG" habe die Firma des Beklagten zu 1) nicht wesentlich geändert, weil schon dieser eine Gaststätte geführt habe. Der Beklagte zu 1) habe der Beklagten zu 2) schon vor dem 17. Februar 1979 den Gewahrsam an dem Pachtobjekt überlassen. Da dessen Betrieb nicht eingestellt worden sei, schließe dies ein, daß die Beklagte zu 2) das gepachtete Unternehmen betrieben und somit das Handelsgeschäft des Beklagten zu 1) fortgeführt habe.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Das Berufungsgericht geht, ohne Feststellungen hierzu zu treffen, davon aus, der Beklagte zu 1) sei Vollkaufmann gewesen. Daß er, was unstreitig ist, nicht im Handelsregister eingetragen war, hindert nicht die Annahme einer Firmenfortführung gemäß § 25 HGB (vgl. BGH, Urt. v. 4. November 1953 - VI ZR 112/52 = LM HGB § 25 Nr. 1 = BB 1953, 1025). Es genügt insoweit, daß der Beklagte zu 1) Vollkaufmann war. Hierzu hat die Klägerin vorgetragen,

vom Umfang her habe die Führung der Discothek einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb (§ 4 HGB) erfordert. Allein die Höhe der jährlichen Pachtzahlungen lasse auf einen entsprechenden Umsatz schließen. Diesen Darlegungen sind die Beklagten in den Tatsacheninstanzen nicht entgegengetreten. Sie reichen für die Annahme, der Beklagte zu 1) sei Vollkaufmann, aus.

2. Welche Firma der Beklagte zu 1) geführt hat, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Seine Ausführungen sind dahin zu verstehen, daß er die nach § 18 Abs. 1 HGB vorgeschriebene Firma eines Einzelkaufmanns, Familienname und Vorname, geführt hat. Auch die Revision geht hiervon aus.

3. Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß die Beklagte zu 2) mit der Firma "van A. █████ Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Co., Gaststättenbetriebs- und Vertriebs-Kommanditgesellschaft" die alte Firma des Beklagten zu 1) "Dietmar van A. █████" fortgeführt hat.

Daß durch die Angabe der Gesellschaftsform in der neuen Firma die Annahme, die alte Firma eines Einzelkaufmanns werde fortgeführt, nicht gehindert wird, ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt (vgl. die Nachweise bei Baumbach/Duden, HGB, 24. Aufl., §§ 25, 26 Anm. 2 E). Hiergegen erhebt die Revision auch keine Einwendungen.

Entgegen der Ansicht der Revision steht der Haftung der Beklagten zu 2) aus § 25 HGB aber auch nicht entgegen, daß in der neuen Firma der Vorname des Beklagten zu 1) nicht mehr erscheint und die Bezeichnung des Geschäftszweigs hinzugefügt worden ist.

Für die Frage, ob eine Firma fortgeführt wird, ist die Verkehrsauffassung maßgebend (vgl. RGZ 113, 308, 309; RGZ 131, 27, 29; RGZ 133, 318, 325; BGH, Urt. v. 11. November 1953, a.a.O.). Rechtsgrund der Haftung nach § 25 HGB bildet nämlich die in der Fortführung des Geschäftes unter der bisherigen Firma liegende, an die Öffentlichkeit gerichtete Erklärung des Erwerbers, für die bisherigen Geschäftsschulden haften zu wollen (vgl. RGZ 149, 25, 28; BGHZ 18, 248, 250; BGHZ 38, 44, 47). Aus der Sicht der Öffentlichkeit kommt es demgemäß nicht auf wort- und buchstabengetreue Gleichheit, sondern auf den Kern der alten und der neuen Firma an (vgl. RGZ 113, 306, 309; RGZ 131, 27, 29; 133, 318, 325).

Kern der Firmenbezeichnung ist der Familienname des Beklagten zu 1), der sowohl in der alten, als auch in der neuen Firma erscheint.

Im Zusammenhang mit der Tatsache, daß die Beklagte zu 2) nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes den Geschäftsbetrieb des Beklagten zu 1) fortgeführt hat, ist nach der Verkehrsauffassung eine Firmenfortführung zu bejahen. Die Beifügung des Geschäftszweiges in der neuen Firma ist von untergeordneter Bedeutung, weil schon die alte Firma des Beklagten zu 1) nach der Verkehrsauffassung mit dem Betrieb einer Gaststätte verbunden worden war.

4. Die Beklagte zu 2) haftet somit für die Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten zu 1) auf Nutzungsent-schädigung. Diese Ansprüche sind nämlich im Geschäftsbetrieb der alten Firma begründet, weil sie mit ihr in solch enger Verbindung stehen, daß sie als Folge dieses Geschäfts-betriebes erscheinen (vgl. RG JW 1937, 303).

5. Der Höhe nach haftet die Beklagte zu 2) in demselben, oben dargelegten Umfang (siehe oben unter A II 4) wie der Beklagte zu 1), also in Höhe eines Betrages von 82.423,15 DM nebst Zinsen.

6. Die Beklagte zu 3) haftet als Komplementärin der Beklagten zu 2) nach §§ 161 Abs. 2, 128 HGB.

Alle Beklagten haften als Gesamtschuldner.

C. Soweit die Revision der Beklagten zu 2) und 3) zurückgewiesen wird, ergeht die Kostenentscheidung gemäß § 97 ZPO. Im übrigen war sie dem Berufungsgericht zu übertragen, weil der endgültige Erfolg der Revision noch nicht abzusehen ist.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 2 ZPO.

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Treier

Dr. Brunotte