

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2216 082

HGB §§ 28, 25

Tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter in ein Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, für den im Handelsregister zwei verschiedene Firmen eingetragen sind, so ist nach den einzelnen Tatumständen festzustellen, auf welches Geschäft (Unternehmen) sich der Eintritt des Gesellschafters bezieht.

Soll unter Verwendung der einen Firma das unter dieser betriebene (oder ruhende) Unternehmen des bisherigen Inhabers von der Gesellschaft fortgeführt werden, so spricht dieser Umstand gegen die Annahme, der Gesellschafter sei auch in das unter der anderen Firma betriebene Geschäft desselben Einzelkaufmanns eingetreten. Für die in diesem Geschäft begründeten früheren Verbindlichkeiten haftet der als Gesellschafter Eintretende nicht schon deshalb, weil der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft künftig einen Geschäftszweig umfassen soll, der einen Bestandteil des anderen Geschäftsbetriebes desselben Einzelkaufmanns bildet.

BGH Urt. v. 14. Juni 1961 - VIII ZR 73/60 - KG Berlin

V e r k ü n d e t
am 14. Juni 1961
Hoffmeister, 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 C.F. W. [REDACTED] Wollweberei KG, in H [REDACTED]
Bayern, L [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch ihre persönlich
haftende Gesellschafterin Frau Luise [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Diplom-Kaufmann Dr. Felix K [REDACTED] in B [REDACTED],
M [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 15. Mai 1961 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel,
Dr. Mezger, Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin
vom 16. Februar 1960 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision hat die Klägerin
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der inzwischen in Konkurs geratene Kaufmann Gerhard B. betrieb in Bremen und in Berlin ein Unternehmen, welches die Herstellung und den Vertrieb von Damenoberbekleidung zum Gegenstand hatte. Dieses Unternehmen war so eingerichtet, daß in Bremen vorwiegend Damenröcke hergestellt und verkauft wurden. In dem beim Amtsgericht in Bremen geführten Handelsregister waren für B. als Einzelkaufmann zwei Firmen eingetragen, die Firma Gerhard B. & Co. mit einer Niederlassung in Berlin und die Firma B.-Sport Gerhard B.. Am 29. August 1957 wurde im Handelsregister des Amtsgerichts in Bremen eingetragen, daß die Firma B.-Sport Gerhard B. durch Eintritt des Beklagten als persönlich haftenden Gesellschafters in eine offene Handelsgesellschaft mit der Firmenbezeichnung "B.-Sport B. oHG" umgewandelt worden sei. Am 14. November 1957 wurde die Eintragung wieder gelöscht.

Der Kläger hat für den Bremer Betrieb des Kaufmanns B., also das Rockgeschäft, Stoffe geliefert, und zwar auf Grund von einzelnen Kaufverträgen, die sämtlich vor der Eintragung des Beklagten in das Handelsregister abgeschlossen waren. Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen der Zahlung des Kaufpreises in Anspruch. Sie hat die Ansicht vertreten, die Aufträge seien ihr von der Firma B.-Sport Gerhard B. erteilt worden, mit der auch die Kaufverträge zustande gekommen seien. Da der Beklagte in diese Firma eingetreten sei, hafte er für deren Verbindlichkeiten. Die Klägerin hat die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 7212,20 DM nebst Zinsen beantragt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klagantrag weiter.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat erwogen, im Hinblick auf die besonderen Umstände des Streitfalles müsse eine Haftung des Beklagten für solche im Betriebe des Bremer Rockgeschäftes entstandenen Verbindlichkeiten des Kaufmanns B. [REDACTED] angenommen werden, die nach der Eintragung der offenen Handelsgesellschaft und des Beklagten als deren persönlich haftenden Gesellschafters in das Handelsregister entstanden seien. Eine Haftung des Beklagten für Verbindlichkeiten, die, wie vorliegend, vor seiner Eintragung in das Handelsregister im Betriebe des Rockgeschäftes entstanden sind, hat es indes verneint. Seiner Entscheidung hat es folgenden aus seinen Feststellungen zu entnehmenden Sachverhalt zugrunde gelegt:

Das Bremer Rockgeschäft war ein Teil des größeren von B. [REDACTED] teils in Bremen teils in Berlin unter der Firma Gerhard B. [REDACTED] & Co. betriebenen Handelsunternehmens. Da B. [REDACTED] selbst in Berlin wohnte, hatte er einen Angestellten, den Zeugen H. [REDACTED], bevollmächtigt, die im Rockgeschäft benötigten Stoffe einzukaufen. H. [REDACTED] unterzeichnete in vielen Fällen Auftragschreiben, auf denen als Briefkopf zwar die Firma Gerhard B. [REDACTED] & Co. erschien, die jedoch außerdem einen handgeschriebenen Zusatz "B. [REDACTED]-Sport" oder, wenn ein Gummistempel verwendet wurde, den Zusatz "B. [REDACTED]-Sport", Gerhard B. [REDACTED]" enthielten. Diese Übung bestand schon längere Zeit vor der Eintragung des Beklagten in das Handelsregister. Sie sollte dazu dienen, das Rockgeschäft von dem übrigen Betrieb des Unternehmens Gerhard B. [REDACTED] & Co. zu unterscheiden und es unter dieser einprägsamen Bezeichnung, die allerdings auch einen wesentlichen Bestandteil der zweiten für B. [REDACTED] im Handelsregister des Amtsgerichts

in Bremen eingetragenen Firmenbezeichnung "B[REDACTED]-Sport Gerhard B[REDACTED]" bildete, zu erfassen und das Rockgeschäft in gewissem Sinne zu verselbständigen. Diese Verwendung eines Bestandteiles seiner zweiten Firma im Briefverkehr mit seinen Lieferanten war nicht die einzige Art, mit der sich B[REDACTED] der Bezeichnung "B[REDACTED]-Sport" bediente. Er ließ auch die für die Abnehmer der Fertigfabrikate bestimmten Rechnungen unter der Bezeichnung "B[REDACTED]-Sport" hinausgehen, auf denen außerdem die für die Firma B[REDACTED]-Sport Gerhard B[REDACTED] bei der Landeszentralbank in B[REDACTED] und bei dem Postscheckamt in B[REDACTED] geführten Konten angegeben waren. Er erreichte damit, daß die von den Kunden eingehenden Gelder auf diesen Konten zusammengefaßt wurden. Er verwendete die erwähnten Beträge ausschließlich für Zahlungen in dem Rockgeschäft. Diesem Zwecke, das Rockgeschäft zu verselbständigen und aus dem Unternehmen Gerhard B[REDACTED] & Co. herauszulösen, sollte auch ein an mehrere Lieferanten gerichtetes Schreiben der Firma Gerhard B[REDACTED] & Co. vom 21. September 1957, einem nach der Eintragung des Beklagten im Handelsregister liegenden Zeitpunkte, dienen, in welchem die Empfänger aufgefordert wurden, in Zukunft für alle Lieferungen nach Bremen ihre Rechnungen auf die Firma B[REDACTED]-Sport B[REDACTED] auszustellen, da "unsere beiden Firmen getrennt geführt werden". An der Front des Hauses, in welchem das Rockgeschäft betrieben wurde, war außer dem Geschäftsschild, welches auf die Firma Gerhard B[REDACTED] & Co. hinwies, noch ein Schild angebracht, das zumindest die Aufschrift "B[REDACTED]-Sport" trug. Ob das Schild darüber hinaus die volle Firmenbezeichnung "B[REDACTED]-Sport Gerhard B[REDACTED]" und später "B[REDACTED]-Sport, B[REDACTED] oHG" wiedergab, konnte nicht festgestellt werden.

Im übrigen aber lagen die Verhältnisse so, daß die Firma Gerhard B[REDACTED] & Co. als Inhaberin des Rockge-

schäftes auftrat. Nur diese Firma wurde bei der Ortskrankenkasse als Arbeitgeberin des im Rockgeschäft beschäftigten Personals geführt und ebenso war nur für diese Firma bei dem Finanzamt eine Steuerkarte ausgestellt, während die Firma B-Sport Gerhard B weder bei der Ortskrankenkasse noch beim Finanzamt überhaupt in Erscheinung trat. Eine Bilanz errichtete ebenfalls nur die Firma Gerhard B & Co. Diese Firma schloß die Arbeitsverträge mit dem Personal ab, und diese Firma war in den zur Finanzierung des Rockgeschäftes abgeschlossenen Sicherungsübereignungsverträgen als Eigentümerin der im Rockgeschäft verwendeten Maschinen und als Sicherungsgeberin angeführt.

War es somit nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vorerst nur ein Plan des Kaufmanns B, das Rockgeschäft aus dem Unternehmen Gerhard B & Co. herauszulösen, um es später unter der Firma B-Sport Gerhard B als selbständiges Handelsgeschäft zu betreiben, so war dennoch bei dem Personal, insbesondere bei dem als Einkäufer tätigen Angestellten H im Hinblick auf die wiedergegebenen Umstände und auf gelegentliche von ihm mißverstandene Äußerungen des Kaufmanns B schon seit etwa 1956 der Eindruck entstanden, das Rockgeschäft werde bereits unter der Firma B-Sport Gerhard B betrieben. Dieser Zeuge hatte deshalb nach der Eintragung der offenen Handelsgesellschaft und des Beklagten als deren persönlich haftenden Gesellschafters im Handelsregister die Vorstellung, daß das Geschäft nunmehr von der offenen Handelsgesellschaft betrieben werde. Auch der im Konkursverfahren über das Vermögen des Kaufmanns B eingesetzte Konkursverfahrener unterlag zunächst diesem Eindruck. Er gewann dann aber nach näherer Prüfung der Verhältnisse die Erkenntnis, daß

das Rockgeschäft weder vor noch nach der Eintragung des Beklagten in das Handelsregister aus dem Unternehmen Gerhard B. & Co. herausgelöst und unter der Firma B.-Sport Gerhard B. und später unter der Firma B.-Sport B. oHG geführt worden war.

Das Berufungsgericht hat zusammenfassend festgestellt, der Kaufmann B. habe entsprechend seinem schon früher gefaßten Plane, den Betrieb des Rockgeschäftes zu verselbständigen, vorerst nur mit dem Beklagten darüber verhandelt, daß das Rockgeschäft in die zu gründende offene Handelsgesellschaft eingebracht werden sollte, zu einer Verwirklichung dieser von ihm beabsichtigten Maßnahme sei es aber nicht gekommen. Die Feststellungen des Berufungsgerichts lassen einen Rechtsverstoß nicht erkennen und werden von der Revision mit Verfahrensrügen nicht angegriffen.

Unter Zugrundelegung des geschilderten Sachverhalts hat das Berufungsgericht, wie bereits erwähnt, angenommen, daß der Beklagte den Gläubigern des Kaufmanns B., die nach der Eintragung im Handelsregister im Betriebe des Rockgeschäftes entstandenen Forderungen erworben hätten, also den Neugläubigern hafte. Diese Ansicht hat es damit begründet, durch die Verwendung der Bezeichnung "B.-Sport", welche nach der Eintragung der offenen Handelsgesellschaft im Handelsregister auch einen wesentlichen Bestandteil der Firma "B.-Sport B. oHG" gebildet habe, sei in Verbindung mit der Eintragung der offenen Handelsgesellschaft im Handelsregister nach außenhin der Rechtsschein erweckt worden, als gingen die im Betriebe des Rockgeschäftes getätigten Bestellungen von der offenen Handelsgesellschaft aus. Diesen Rechtsschein müsse der Beklagte umsomehr gegen sich gelten lassen,

als der von B. bevollmächtigte Einkäufer des Rockgeschäftes bei der Erteilung der Aufträge selbst die Vorstellung gehabt habe, das Geschäft werde von der offenen Handelsgesellschaft betrieben, und er erteile die Lieferaufträge im Namen der offenen Handelsgesellschaft.

Eine Haftung des Beklagten für die vor seiner Eintragung entstandenen Geschäftsschulden und damit auch die Haftung aus der der Klageforderung zugrunde liegenden Verbindlichkeit, hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, als einzige Haftungsgrundlage komme § 28 HGB in Betracht, es fehle indes an der aus dieser Bestimmung zu entnehmenden Voraussetzung, nämlich daran, daß nach dem den Gegenstand der Eintragung bildenden Gesellschaftsvertrage das infragestehende Geschäftsvermögen auf die neuerrichtete offene Handelsgesellschaft habe übergehen sollen.

II. Der Entscheidung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin als Altgläubigerin von dem Beklagten keine Befriedigung verlangen könne, ist im Ergebnis beizutreten. Ob die von der Revision vertretene Ansicht zutrifft, der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt biete keinen Anlaß, die Altgläubiger des Kaufmanns B. hinsichtlich der im Rockgeschäft entstandenen Forderungen anders zu behandeln als die Neugläubiger, bedarf keiner abschließenden Erörterung. Denn im vorliegenden Falle ist nicht darüber zu entscheiden, ob sich die Neugläubiger an den Beklagten halten können.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts, die Neugläubiger hätten aus der Verwendung der Bezeichnung "B. Sport" in Verbindung mit der Eintragung der offenen Handelsgesellschaft unter der Firmenbezeichnung B. -

Sport B [REDACTED], oHG entnehmen können, sie hätten es mit der offenen Handelsgesellschaft als Geschäftspartnerin zu tun, lassen erkennen, daß das Berufungsgericht die in dieser Beziehung von ihm bejahte Haftung des Beklagten aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes herleiten will. Der Gedanke, daß derjenige, der mit einer sich als offene Handelsgesellschaft darbietenden Firma Verträge abschließt, im Hinblick auf einen solchen nach außenhin entstandenen Rechtsschein in seinem Vertrauen geschützt werden muß, kann aber nicht ohne weiteres auch dann eine Rolle spielen, wenn es sich, wie hier, um Verbindlichkeiten handelt, die bereits entstanden waren, ehe ein solcher Rechtsschein erweckt worden ist. Die Haftung gegenüber den Altgläubigern regelt sich vielmehr, wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, ausschließlich nach § 28 HGB. Danach ist aber die Haftung desjenigen, der als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt, falls der bisherige Geschäftsinhaber mehrere selbständige Unternehmen unter verschiedenen Firmen betreibt, an die Voraussetzung geknüpft, daß die Verbindlichkeit gerade in dem von der offenen Handelsgesellschaft fortgesetzten Geschäftsbetriebe entstanden ist. Sieht man im vorliegenden Falle davon ab, daß das Berufungsgericht es hat dahinstehen lassen, ob der Beklagte mit dem Kaufmann B [REDACTED] überhaupt schon einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen hatte, und daß es den möglicherweise abgeschlossenen Vertrag als gemäß § 154 Abs. 2 BGB unwirksam angesehen hat, unterstellt man vielmehr einen gültigen Gesellschaftsvertrag, so kommt es für die hier zu treffende Entscheidung in erster Reihe darauf an, die beiden Unternehmen voneinander abzugrenzen, die unter den Firmen Gerhard B [REDACTED] & Co. und Barco-Sport oHG geführt worden sind (BGHZ 31, 397, 399; RG LZ 1907, 822). Hierbei ist von

Bedeutung, daß das Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht eindeutig festgestellt hat, die streitigen Verbindlichkeiten seien im Betriebe des Rockgeschäftes des Kaufmanns B. entstanden. Ist daher das Rockgeschäft, wie der Beklagte geltend gemacht hat, zur Zeit der Forderungsbegründung ebenso wie nach seiner Eintragung in das Handelsregister unter der Firma Gerhard B. & Co. geführt worden, und ist ein Eintritt des Beklagten in diesen Geschäftsbetrieb nicht erfolgt, so hat auch eine Haftung des Beklagten für die früheren im Rockgeschäft entstandenen Verbindlichkeiten des Kaufmanns B. auszuscheiden. Daß aber eine Übertragung des Rockgeschäftes, welches nur einen Teilbetrieb des unter der Firma Gerhard B. & Co. betriebenen Gesamtunternehmens bildete, auf eine etwa schon wirksam begründete offene Handelsgesellschaft mit dem Beklagten als persönlich haftendem Gesellschafter nicht stattgefunden hat, hat das Berufungsgericht eindeutig und ohne Rechtsverstoß festgestellt. Wie es darlegt, handelte es sich bei der Firma B.-Sport Gerhard B. um einen bloßen Firmenmantel, hinter dem keinwerbendes Handelsunternehmen stand. Zwar scheitert die Anwendung des § 28 HGB nicht schon daran, daß der Beklagte in ein ruhendes Unternehmen eingetreten ist, das nicht mehr als einen Firmenmantel darstellte, (vgl. Urteil des BGH vom 30. Juni 1955 - I ZR 186/53 = BB 1955, 877 = Betrieb 1955, 942), mit Recht hat aber das Berufungsgericht die Haftung des Beklagten um deswillen verneint, weil die Klägerin weder dargetan noch nachgewiesen habe, der Beklagte sei in das Geschäft der bisherigen Schuldnerin eingetreten, in welchem die Forderungen der Klägerin entstanden waren. Begründet waren die Klageforderungen, wie bereits ausgeführt, in dem Rockgeschäft, welches zu keinem Zeitpunkte unter einer anderen Firma als unter der Firma Gerhard B. & Co. betrieben worden war. In dieses Unternehmen ist aber der Beklagte nicht eingetreten.

III. An diesem Ergebnis wird auch nichts geändert, wenn man in Erwägung zieht, daß der Beklagte als persönlich haftender Gesellschafter einer zusammen mit B. be- gründeten offenen Handelsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden ist, und daß beim Betriebe des Rockgeschäfts nach außenhin der Rechtsschein erweckt worden sein mag, als gingen die vor der Eintragung liegenden Warenbestellungen von der Firma B.-Sport Gerhard B. und die späteren von der offenen Handelsgesellschaft aus.

Der Revision ist allerdings zuzugeben, daß nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen im Anwendungsbereich der §§ 25 und 28 HGB, unter Umständen auch der Gedanke des Vertrauensschutzes eine Rolle spielen kann. So steht die Rechtsprechung (BGHZ 29, 1, 3; RGZ 145, 278) auf dem Standpunkte, die gesetzliche Regelung des § 25 Abs. 1 HGB, wonach der Erwerber eines Handelsgeschäfts bei Fortführung des Geschäfts mit der bisherigen Firma im Regelfall für die Geschäftsverbindlichkeiten des früheren Inhabers haftet, fuße auf einer rechtlich zwar nicht zutreffenden, aber doch bestehenden Verkehrsauffassung. Diese gehe dahin, daß die Firma als die Trägerin der durch den Handelsbetrieb begründeten Rechte und Verbindlichkeiten angesehen werde. Diese Verkehrsauffassung bilde sodann die Grundlage für die Annahme, daß der Erwerber eines Handelsgeschäftes durch die Fortführung des Unternehmens unter der bisherigen Firma in der Öffentlichkeit den Rechtsschein erwecke, er sei zur Übernahme der Verbindlichkeiten des früheren Inhabers bereit (vgl. BGHZ 18, 248, 250; 22, 234, 239; RGZ 149, 28). Dieser Gedankengang, der als der eigentliche Sachgrund der Haftung nach § 25 HGB angesehen wird, trifft auf die Haftung aus § 28 HGB indes nicht zu, weil dort bestimmt ist, die Altgläubiger könnten sich auch dann an den

zu dem bisherigen Schuldner hinzutretenden Gesellschafter halten, wenn die neugebildete offene Handelsgesellschaft die bisherige Firma nicht fortführt (vgl. hierzu Fischer, Anmerkung zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7. Januar 1960 - II ZR 228/59 - BGHZ 31, 397 - in LM HGB § 28 Nr.3). Der wirkliche Sachgrund für die Haftung aus § 28 HGB soll denn nach RGZ 164, 120 ^{auch} darin bestehen, daß diese Vorschrift dem allgemeinen, der Bestimmung des § 419 BGB zugrundeliegenden Gedanken Ausdruck gebe; wonach jeder, der das Vermögen eines anderen erhalte, auch für die Schulden aufkommen solle. Ob dieser Gesichtspunkt zutrifft, oder ob es überhaupt an einem vernünftigen Sachgrunde fehlt (vgl. hierzu Fischer aaO), braucht nicht entschieden zu werden. Der Vergleich der beiden Bestimmungen zeigt jedenfalls soviel, daß bei einer Heranziehung des Rechtsscheingedankens im Anwendungsbereich des § 28 HGB größte Zurückhaltung geboten sein muß.

1. Allerdings entspricht es der Rechtsprechung des Reichsgerichts, eine Haftung aus § 28 HGB auch dann anzunehmen, wenn es zu einem gültigen Gesellschaftsvertrage, der zur Begründung einer offenen Handelsgesellschaft hätte führen können, nicht gekommen ist, dessen ungeachtet aber die Eintragung der offenen Handelsgesellschaft im Handelsregister und die anschließende Bekanntmachung erfolgt sind (RGZ 89, 97, 98; 142, 98, 106). Der entscheidende Grund hierfür wird darin gesehen, daß die Handelsregistereintragen als öffentliche im Rechtsverkehr abgegebene verantwortliche Erklärungen zu gelten hätten (vgl. hierzu Schlegelberger /Hildebrandt, HGB 4. Aufl. § 28 Anm.6, die zusätzlich den Nachweis fordern, daß der Altgläubiger auf die Eintragung vertraut hat). Der durch die Eintragung des Beklagten als persönlich haftenden Gesellschafter in das Handelsregister hervorgerufene

Rechtsschein hat nach den Umständen des vorliegenden Falles jedoch für die Entscheidung keine Bedeutung. Denn die Eintragung geht eindeutig dahin, daß der Beklagte in die Firma B-Sport Gerhard B eingetreten ist, wobei ausweislich der weiteren Handelsregistereintragungen Gegenstand des unter dieser Firma betriebenen Unternehmens der Großhandel mit Sport- und anderer Bekleidung, Import- und Export" war. Will man der Rechtsprechung des Reichsgerichts folgend der Revision zugestehen, die Klägerin könne sich auch dann, wenn zwischen dem Beklagten und dem Kaufmann B feste Vereinbarungen noch nicht getroffen gewesen sein sollten, auf die Handelsregistereintragung berufen, so ist damit für die Frage der Haftung des Beklagten gegenüber den Altgläubigern der im Rockgeschäft begründeten Forderungen nichts gewonnen. Denn diese Eintragung gibt nichts dafür her, daß der Beklagte in das unter der Firma Gerhard B & Co. betriebene Rockgeschäft des Kaufmanns B eingetreten ist.

2. Die Revision beruft sich auf die Erwägungen des Berufungsgerichts, kein Geschäftsmann habe annehmen können, daß B die Bezeichnung B-Sport nach der Eintragung noch weiter für seine Firma B & Co. verwenden würde, vielmehr habe jeder Geschäftsmann, der mit B-Sport Abschlüsse getätigt habe, zu der Auffassung gelangen müssen, Vertragspartner des später in die offene Handelsgesellschaft umgewandelten Unternehmens zu sein. Sie will ersichtlich den Standpunkt vertreten, dieser Gedankengang müsse gleichermaßen Geltung haben für Geschäfte, die vor der Eintragung der offenen Handelsgesellschaft in das Handelsregister geschlossen worden sind, wenn nur, wie das vorliegend der Fall ist, die Auftragschreiben den Vermerk "B-Sport" getragen hätten.

Die im Rockgeschäft des Kaufmanns B. schon vor Entstehung der hier streitigen Geschäftsschulden eingeführte und nach der Eintragung der offenen Handelsgesellschaft fortgesetzte Übung, die Geschäftsschreiben mit der Bezeichnung "B.-Sport" zu versehen, könnte in doppelter Hinsicht von Bedeutung sein.

a) In erster Reihe ist zu erwägen, ob etwa der vom Berufungsgericht für die Zeit nach der Eintragung angenommene dahingehende Rechtsschein, die sich als offene Handelsgesellschaft darbietende Firma B.-Sport B. oHG sei der Vertragspartner, entsprechend auch für die frühere Zeit angenommen werden muß mit der Folge, daß die von den Lieferanten getätigten Abschlüsse als mit der Firma B.-Sport Gerhard B. zustande gekommen anzusehen wären. Wäre diese Beurteilung geboten, so könnte sich die Frage stellen, ob sie nicht dazu führen müßte, alle diese Verbindlichkeiten als im Betriebe eines insofern eben nicht stillliegenden Unternehmens mit der Firmenbezeichnung B.-Sport Gerhard B. anzusehen, in welches der Beklagte seinen Eintritt erklärt haben würde. Der zur hier erwogenen Haftung des Beklagten für Altgeschäftsschulden von der Klägerin in Anspruch genommene Rechtsschein würde aber nicht etwa auf einer öffentlich abgegebenen verantwortlichen Erklärung des Beklagten beruhen (Eintragung im Handelsregister), sondern nur auf einer von dem bisherigen Inhaber der Firma geduldeten schlüssigen Handlungsweise eines Angestellten, mit der der Beklagte nichts zu tun hatte. Ob schon der zuletzt behandelte Gesichtspunkt die Anwendung des § 28 HGB verbietet, braucht indes nicht erörtert zu werden. Hinzu kommt nämlich, daß eine auf diese Weise herzustellende Beziehung der Altgeschäftsschulden zu einem nach den Feststellungen des Berufungs-

gerichts ruhenden Unternehmen zur Zeit ihrer Entstehung für die Gläubiger von keinerlei rechtlicher oder wirtschaftlicher Bedeutung war, weil ihnen, gleichgültig, in welchem von mehreren Unternehmen Verbindlichkeiten entstanden sein mochten, der Einzelkaufmann B. mit seinem ganzen Vermögen haftete. Es fehlt daher an jedem vernünftigen Grunde, die Altgeschäftsschulden zur Zeit ihrer Entstehung einem ruhenden Unternehmen zuzurechnen, wenn im übrigen feststeht, daß sie beim Betriebe des Rockgeschäftes begründet worden sind und daß dieses Rockgeschäft einen Teil des unter der Firma Gerhard B. & Co. betriebenen Unternehmens bildete, dem auch das Geschäftsvermögen und der Geschäftsorganismus gehörte. Daß jede andere Beurteilung fehlsam sein muß, zeigt sich besonders deutlich, wenn man auf den oben bereits erörterten Sachgrund der in § 28 HGB normierten Haftung zurückgeht, der, wie Fischer (aaO) unter Verweisung auf RGZ 164, 115, 120 ausführt und wie auch das Berufungsgericht richtig erkannt hat, allenfalls in dem Rechtsgrundsatz zu finden ist, daß derjenige, der das Vermögen erhält, auch für die Geschäftsschulden aufkommen muß. Diese Erwägung führt aber zwingend zu dem Schluß, daß sich eine Prüfung der Frage, ob die im Rockgeschäft begründeten Geschäftsschulden als in dem stillliegenden Unternehmen B.-Sport Gerhard B. entstanden anzusehen sind, überhaupt nicht trennen läßt von der Untersuchung, ob auch das Geschäftsvermögen des Rockgeschäftes als zu dem genannten Unternehmen zugehörig betrachtet werden kann. Diese Frage hat das Berufungsgericht indes, wie bereits mehrfach angeführt, unbeanstandet von der Revision und ohne erkennbaren Rechtsverstoß verneint.

b) In Betracht zu ziehen ist aber auch, ob der im Rockgeschäft des Kaufmanns B. nach der Eintragung der offenen Handesgesellschaft in das Handelsregister fortgesetzten Übung, im Verkehr mit Kunden und Lieferanten

die Bezeichnung "B- Sport" zu verwenden, die Bedeutung einer Erklärung zukommt, der Beklagte hafte für die Geschäftsverbindlichkeiten aus dem Rockgeschäft, und ob sich etwa aus einer solchen Erklärung die Verpflichtung des Beklagten, für die Altgeschäftsschulden aus dem Betriebe des Rockgeschäftes einzustehen, herleiten läßt. Auch diese Frage ist zu verneinen. Selbst wenn man mit dem Benfungsgericht annehmen will, aus dem Schriftwechsel habe sich für die Lieferanten ergeben, ihr Geschäftspartner sei nicht die Firma Gerhard B & Co., sondern eine Firma B-Sport oHG, so würde ein solcher Rechtsschein gerade nicht durch eine Tätigkeit der offenen Handelsgesellschaft, die einen Geschäftsbetrieb noch nicht eröffnet hatte, und auch nicht durch Handlungen des Beklagten, sondern allein durch ein im Betriebe der Firma Gerhard B & Co. zur Übung gewordenes Geschäftsgebahren hervorgerufen worden sein. Will man sogar annehmen, die Lieferanten hätten den Schriftwechsel mit dem Kaufmann B dahin auffassen dürfen, die offene Handelsgesellschaft habe einen Geschäftsbetrieb und zwar einen solchen, der das Rockgeschäft mitumfaßte, bereits eröffnet, und sie, die Gläubiger, könnten sich demzufolge gemäß § 28 HGB auch wegen der früheren Forderungen an die offene Handelsgesellschaft und deren Gesellschafter halten, so könnten sie eine solche Vorstellung nicht aus einem dem Beklagten zuzurechnenden Verhalten gewonnen haben. Darauf kommt es aber entscheidend an.

Wenn das Reichsgericht auch an die ohne das Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages erfolgte Eintragung einer offenen Handelsgesellschaft und ihres persönlich haftenden Gesellschafters im Hinblick auf die besondere Bedeutung, die einer solchen mit einer öffentlichen Bekanntmachung verbundenen Handelsregistereintragung zukommt, die Folgen einer Haftung aus § 28 HGB geknüpft hat, so hat es doch zum Ausdruck gebracht, daß eine bloß auf schlüssigem

Verhalten beruhende Erklärung im Regelfalle anders zu würdigen ist (RGZ 142, 98, 107). In einem solchen Falle will es das Reichsgericht (aaO) auf eine Interessenabwägung abstellen und es insbesondere darauf ankommen lassen, ob der Scheingesellschafter allgemein oder dem klagenden Gläubiger gegenüber in einer Weise als Gesellschafter aufgetreten ist, daß der Berufung auf die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages die Einrede der Arglist entgegenstände.

Es bedarf vorliegend keiner Entscheidung darüber, ob der Scheingesellschafter dann haftet, wenn nach außenhin der Anschein erweckt wird, die Handelsgesellschaft habe ihren Betrieb eröffnet oder wolle doch für die Verpflichtungen aus einem dem Anscheine nach übernommenen Einzelhandelsgeschäft eintreten, oder ob in einem solchen Falle, der keine Eintragung im Handelsregister voraussetzt - die hier vorliegende Eintragung bezieht sich, wie ausgeführt wurde, nicht auf die Übernahme des Rockgeschäfts -, die Haftung auf die Fälle beschränkt bleiben muß, in denen der Altgläubiger sein Verhalten hinsichtlich seiner Forderung nachträglich auch wirklich auf diesen Rechtsschein eingerichtet hat. Der Senat folgt insoweit den Ausführungen von Fischer (LM HGB § 28 Anm. zu Nr. 3), daß § 28 HGB unter allen Umständen eng auszulegen ist. Diese Notwendigkeit einer engen Auslegung läßt aber eine aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes herzuleitende Haftung des Scheingesellschafters nur dann zu, wenn die schlüssige Handlung, in der eine Haftungsbereitschaft gefunden werden soll, in seinem eigenen Verhalten liegt und wenn, wie das Reichsgericht mit Recht hervorgehoben hat, die Berufung auf die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages mit Rücksicht auf dieses Verhalten arglistig erscheint. Für eine solche Würdigung fehlt es aber angesichts der Feststellungen des Berufungsgerichts an jeglichem Anhaltspunkt. Auch die Revision hat etwas dergartiges nicht geltend gemacht.

IV. Sind somit die Voraussetzungen für eine Haftung des Beklagten aus § 28 HGB nicht gegeben, so ist es auch ohne Bedeutung, ob die ursprünglich zur Eintragung vorgesehene Vereinbarung eines Haftungsausschlusses in der Anmeldeerklärung nachträglich gestrichen worden ist. Die Verfahrensrüge der Revision, das Berufungsgericht habe diesen Umstand unbeachtet gelassen, bleibt daher ohne Erfolg.

V. Die Revision ist demzufolge als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Bundesrichter Dr. Galhaar
ist im Urlaub und daher
verhindert zu unterschreiben.

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner

Artl