

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

HGB § 28

Die Haftung der Gesellschaft für die Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers tritt auch dann ein, wenn dieser nur Minderkaufmann war.

BGH, Urt.v. 6. Juli 1966 - VIII ZR 92/64 OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 92/64

URTEIL

Verkündet am
6. Juli 1966
Mückenhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rentners Hermann F e [REDACTED] in K [REDACTED],
Am Du [REDACTED],

Klägers, Revisionsklägers und Anschlußrevisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Ernst v [REDACTED] B [REDACTED] in R [REDACTED],
D [REDACTED]straße,

Beklagten, Revisionsbeklagten und Anschlußrevisions-
kläger,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juli 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 14. November 1963 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlußrevision des Beklagten wird das bezeichnete Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte verurteilt worden ist, mehr als 446,90 DM nebst Zinsen an den Kläger zu zahlen. Im Umfange der Aufhebung werden die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts in Köln vom 14. Dezember 1962 zurückgewiesen und die Klage abgewiesen. Im übrigen wird die Anschlußrevision zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 29/30, der Beklagte 1/30 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am 26. Juni 1956 verstorbene Peter Ka■■■■ betrieb in K■■■■ eine Druckerei. Das Unternehmen hatte im Kriege Bombenschaden erlitten. Nach Kriegsende hatte Ka■■■■ den Betrieb wieder aufgenommen. Er benötigte im Jahre 1953 dringend eine



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



weitere Druckmaschine. Als Geldgeber fand Ka [REDACTED] den Kläger. Durch Vertrag vom 30. Juni/6. Juli 1953 verkaufte Kappes eine von ihm zu beschaffende fabrikneue P [REDACTED] Rotations-Anilindruckmaschine mit 60 Zifferwerken zum Preise von 22 000 DM an den Kläger. Dieser hatte eine Anzahlung von 5 000 DM zu leisten, während der Restbetrag von 17 000 DM vier Wochen nach der Lieferung zahlbar war. Im Zeitpunkt der Lieferung der Maschine an Ka [REDACTED] sollte das Eigentum an ihr auf den Kläger übergehen. Die Übergabe sollte dadurch ersetzt werden, daß Ka [REDACTED] auf Grund eines gleichzeitig abgeschlossenen "Pachtvertrages" den Besitz an der Maschine für den Kläger ausübte.

In dem Pachtvertrag verpachtete der Kläger die Maschine zum normalen Gebrauch im Betriebe des Ka [REDACTED] und seiner Rechtsnachfolger. In § 3 des Vertrages heißt es wörtlich:

"Als Pachtzins zahlen Pächter während der Dauer des Pachtvertrages an Verpächter 7 % des Gesamtumsatzes ihres Betriebs, mindestens jedoch ein garantiertes Fixum von 6 000 DM jährlich, zahlbar allmonatlich á conto mit 500 DM. Dieses Mindestfixum ist vergleichsweise das heutige Tarif-Brutto-Verdienst eines Buchdruckers und dieses Fixum erhöht sich in gleicher Weise, wie sich dieses Bruttoverdienst erhöht. ... Sollten sich die Verhältnisse, unter denen der gegenwärtige Vertrag abgeschlossen ist, allgemein so grundlegend ändern, daß dem Verpächter aus diesem Grunde die Annahme der Leistung nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, so kann er eine gerechte Anpassung verlangen."

Während der Anlaufmonate Juli bis September 1953 waren nach § 3 a des Pachtvertrages nur 167 DM monatlich zu zahlen.

Die §§ 4 und 5 des Vertrages lauten:

"§ 4:

Der jetzige Wert der mit der o.a. Zusatzzei-
richtung versehenen Maschine beträgt 22 000 DM.
Hierüber sind sich die Parteien einig. Pächter
übernehmen jedoch die Verpflichtung, die Maschine
bei Beendigung des Pachtvertrages zu dem dann
endgültig festzusetzenden, zu diesem Zeitpunkt
gültigen Anschaffungspreis für eine neue Maschine
derselben Art und Qualität und mit derselben
Zusatzzei-richtung versehen, käuflich zu erwerben.
Der Übernahme-Preis darf jedoch keinesfalls weniger
als der jetzige Wert von 22 000 DM betragen.

§ 5:

Pächter machen bereits im Laufe des Vertrages
als Sicherheitsleistung für die Ansprüche des
Verpächters aus diesem Vertrag und dem noch
endgültig festzusetzenden Übernahme-Preis à conto-
Zahlungen, und zwar erstmalig 7 000 DM vier
Wochen nach Übergabe der Maschine, alsdann
jährlich zum 1. Oktober der folgenden Jahre
3 000 DM auf das Konto des Verpächters. Diese
à conto-Zahlungen berühren nicht den Pachtver-
trag und die sich daraus ergebenden Verpflich-
tungen der Pächter, insbesondere nicht den § 3. ..."

Der Vertrag sollte auf die Dauer von fünf Jahren, das
heißt bis zum 30. Juni 1958, gelten und sich um fünf Jahre
verlängern, falls er nicht sechs Monate vor Ablauf gekündigt
wurde.

Durch einen dritten Vertrag, der dasselbe Datum trägt,
ließ sich der Kläger von Kappes zur Sicherung seiner Anzah-
lung von 5 000 DM, die der Kläger am 30. Juni 1953 leistete,
eine Buchdruckmaschine Marke J [REDACTED] übereignen. Durch
Zusatzvertrag vom 14. August 1953 wurde dem Kläger zur Siche-
rung eines weiteren Betrages von 5 000 DM, die der Kläger an

diesem Tage zahlte, eine Schnellpresse Fr[REDACTED] übereignet. Außerdem wurde in diesem Vertrage vereinbart, daß der während der Anlaufzeit zu zahlende Monatsbetrag auf 325 DM heraufgesetzt wurde.

Ka[REDACTED] schaffte eine P[REDACTED]-Maschine zum Preise von 9 947 DM an, unterließ es jedoch, sie mit den vorgesehenen Zifferwerken zu vervollständigen, so daß sie nicht, wie vorgesehen, zum Druck von Fahrscheinen verwendet werden konnte.

Am 30. Januar 1954 zahlte der Kläger weitere 3 995,25 DM an Kappas.

Der Kläger erhielt von Ka[REDACTED] folgende Beträge:

1953:	695,50 DM
1954:	505,23 DM
1955:	405,00 DM
1956:	1 645,00 DM.

Außerdem zahlten die Erben des Ka[REDACTED] an den Kläger:

1956:	200,00 DM
1957:	250,00 DM,

insgesamt also 5 700,73 DM.

Am 1. August 1955 schlossen Ka[REDACTED] und der Beklagte einen Gesellschaftsvertrag, durch den sie die "Druck- und Handelsgesellschaft V[REDACTED]B[REDACTED] & Co, Kommanditgesellschaft," mit dem Beklagten als persönlich haftenden Gesellschafter und Ka[REDACTED] als Kommanditisten gründeten. Die Gesellschaft sollte eine Druckerei und den Handel mit Papierwaren und dergleichen

betreiben. Ka [REDACTED] hatte als Einlage das gesamte Inventar und die Maschinen seiner bisherigen Druckerei einzubringen. Die Gesellschaft nahm alsbald ihre Tätigkeit auf. In das Handelsregister wurde sie nicht eingetragen. Der Kläger wurde über diese Vorgänge nicht unterrichtet.

Über den Nachlaß des Kappes wurde am 3. Juli 1957 der Konkurs eröffnet, der zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung im Berufungsrechtszuge noch nicht beendet war. Auch über das Vermögen des Beklagten wurde am 9. Juli 1960 der Konkurs eröffnet. In diesem Verfahren kam am 9. März 1961 ein Zwangsvergleich mit einer Quote von 20 % zustande. Danach wurde das Verfahren aufgehoben.

In dem Vorprozeß 10 O [REDACTED]/58 LG K [REDACTED] = 10 U [REDACTED]/59 OLG K [REDACTED] verlangte der Kläger von dem Beklagten die Herausgabe der drei Maschinen, die Ka [REDACTED] dem Kläger übereignet hatte. Da der Beklagte diese Maschinen nicht mehr herausgeben konnte, wurde er zum Wertersatz in Höhe von insgesamt 6 060 DM verurteilt. Der Kläger nimmt nunmehr den Beklagten wegen seiner übrigen Forderungen aus dem Pachtvertrage in Anspruch, die er im Konkurs des Beklagten zur Tabelle angemeldet hatte. Bis auf den ausgeurteilten Betrag von 6 060 DM waren diese Forderungen jedoch bestritten worden. Im einzelnen hat der Kläger verlangt:

1. rückständigen Pachtzins bis zum 28. März 1958	22 794,52 DM
2. Schadensersatz für bei Fortbestand des Vertrages bis zum 1. Juli 1962 zu zahlen gewesene 52 Pachtzinsraten zu 500 DM =	26 000,00 DM
3. Schadensersatz für unmöglich gewordene Rückkaufsverpflichtung gemäß § 4 des Pachtvertrages	<u>15 000,00 DM</u>
zusammen:	63 794,52 DM
abzüglich zuerkannter	<u>6 060,00 DM</u>
also noch	57 734,52 DM,

die sich infolge des Zwangsvergleichs auf 20 %, das heißt 11 546,90 DM ermäßigt haben.

Darüber hinaus verlangt der Kläger 7 072,47 DM ausgerechneter Zinsen, von denen er mit der Klage jedoch gleichfalls lediglich 20 % also 1 414,43 DM geltend macht. Schließlich begehrt der Kläger noch 20 % von monatlich 500 DM, also 100 DM, für die Zeit vom 1. Juli 1962 bis 30. Juni 1963.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat dem Kläger einen Bereicherungsanspruch zugebilligt und ihm unter diesem Gesichtspunkt 1 690,62 DM nebst Zinsen zugesprochen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger die aberkannten Ansprüche weiter, während der Beklagte mit der Anschlußrevision die vollständige Abweisung der Klage erstrebt. Außerdem beantragen beide Parteien die Zurückweisung des von der Gegenseite eingelegten Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Anschlußrevision des Beklagten.

Sie ist zum Teil begründet.

1. Das Berufungsgericht hat zugunsten des Klägers eine Haftung des Beklagten auf Grund von § 28 HGB bejaht. Die Anschlußrevision meint demgegenüber, daß diese Vorschrift keine Anwendung finden könne, weil Ka[REDACTED], wovon auch das Berufungsgericht ausgegangen ist, nur Minderkaufmann war. Der erkennende

Senat hat in seinem Urteil vom 17. Dezember 1959 - VIII ZR 185/58 - (WM 1960, 259 = LM HGB § 28 Nr. 3 a) die umstrittene Frage, ob es für die Anwendung des § 28 HGB genügt, daß der Einzelkaufmann nur Minderkaufmann ist, die in BGHZ 31, 397, 400 offengeblieben war, bereits im selben Sinne entschieden wie das Berufungsgericht. Er hält auch nach nochmaliger Prüfung an dieser in Schrifttum und Rechtsprechung ganz überwiegend vertretenen Auffassung fest. § 28 regelt den Eintritt in das Geschäft eines "Einzelkaufmanns". Einzelkaufmann ist aber auch der Minderkaufmann; denn er ist Kaufmann (§ 1 HGB), und er ist folglich, wenn er alleiniger Geschäftsinhaber ist, auch Einzelkaufmann. Auch § 4 Abs. 1 HGB steht der unmittelbaren Anwendung des § 28 HGB nicht entgegen. Danach sind nur "die Vorschriften über die Firmen ..." auf Minderkaufleute nicht für anwendbar erklärt. § 28 HGB enthält aber, wenngleich er zum Dritten Abschnitt des HGB ("Handelsfirma") gehört, keine firmenrechtliche Regelung. Wenn darin überhaupt die Firma erwähnt ist, dann ist das offenbar nur im Hinblick darauf geschehen, daß § 25 HGB die Fortführung der Firma voraussetzt. Der Halbsatz "auch wenn sie die Firma nicht fortführt", soll nur klarstellen, daß die Haftung nach § 28 HGB im Gegensatz zu derjenigen nach § 25 HGB nicht an die Firmenfortführung, sondern nur an den Eintritt geknüpft ist. Ohne die Vorschrift des § 25 HGB wäre der Zusatz in § 28 HGB überflüssig. Im übrigen hat § 4 Abs. 2 HGB den Sinn, den Minderkaufmann in gewisser Hinsicht günstiger zu stellen als den Vollkaufmann. Durch die Anwendung des § 28 HGB wird seine Lage aber nicht verschlechtert. Denn § 28 regelt nur die Haftung der (durch den Eintritt entstehenden) Gesellschaft und begründet damit (über § 28 HGB) die Haftung des Eintretenden. Der (bisherige) Einzelkaufmann haftet ohnehin, gleichgültig, ob er Voll- oder Minderkaufmann ist.

Hildebrandt (in Schlegelberger, HGB 4. Aufl. § 28 Nr. 2) begründet seine abweichende Ansicht, daß § 28 HGB nicht für Geschäfte von Kleingewerbetreibenden und Kleinhandwerkern gelte, mit der Erwägung, wenn das Gesetz davon spreche, daß die Gesellschaft, "auch wenn die Firma nicht fortgeführt wird", für die Geschäftsverbindlichkeiten des früheren Inhabers haftet, so sei damit deutlich gesagt, daß der "Einzelkaufmann" für das Geschäft eine der Fortführung fähige Firma führen müsse. Mit diesem Gedankengang hat sich bereits das Reichsgericht (RGZ 164, 115, 119) beschäftigt und dazu überzeugend ausgeführt, für die herrschende gegenteilige Auffassung spreche bereits der Wortlaut der Bestimmung, der nicht sage, daß die Vorschrift nicht gelte, wenn das Geschäft des Einzelkaufmanns das eines Minderkaufmanns sei. Wenn in der genannten Bestimmung weiter gesagt sei, daß die Haftung der Gesellschaft auch eintritt, wenn sie die frühere Firma nicht fortführt, ergebe sich, so führt das Reichsgericht aus, daraus noch nicht, daß das Geschäft des Einzelkaufmanns eine Firma gehabt haben müsse; damit sei vielmehr nur zum Ausdruck gebracht worden, daß die Haftung selbst dann eintrete, wenn dieses Geschäft zwar eine Firma gehabt hat, die Gesellschaft diese Firma aber nicht fortführt. Der Zusatz sei mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 25 HGB gemacht worden, weil andernfalls die Bestimmung des § 28 HGB dahin hätte verstanden werden können, daß auch hier die Fortführung der bisherigen Firma Voraussetzung der Haftung sei. Diesen Darlegungen, mit denen sich Hildebrandt (aaO) nicht näher auseinandergesetzt hat, ist uneingeschränkt beizupflichten.

Das Reichsgericht hat weiter aufgezeigt (aaO S. 120), daß auch wirtschaftliche Gründe für seine Ansicht sprechen: Durch die Regelung des § 28 HGB sollen die Gläubiger des alten Geschäfts geschützt werden. Sie dürfen davon ausgehen,

daß sie sich an das Gesellschaftsvermögen halten können. Denn es sei das Naturgemäße, daß die Gesellschaft im Betriebe des Geschäfts die alten Schulden berichtige und die früher entstandenen Forderungen einziehe. Es sei kein Grund ersichtlich, so fährt das Reichsgericht fort, weshalb nicht auch die Gläubiger eines Minderkaufmanns, dessen Geschäft durch Eintritt eines Gesellschafters in eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft verwandelt wird, diesen Schutz genießen sollten. Auch hier gelte der den §§ 25, 28 HGB zugrunde liegende Gedanke des § 419 BGB, daß, wer das Vermögen erhält, auch für die Schulden aufkommen soll.

Dieser Begründung tritt der erkennende Senat ebenfalls bei. Ihr hält allerdings Hildebrandt (aaO) entgegen, daß ein sachliches Bedürfnis für die Haftung des Neueintretenden und den Forderungsübergang nur dann bestehe, wenn für das Geschäft eine Firma im Handelsregister bereits eingetragen war. Dieser Ansicht, die ebenfalls nicht näher begründet ist, kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Gläubiger von Kleingewerbetreibenden erscheinen nicht weniger schutzwürdig als die Gläubiger von Vollkaufleuten, deren Firma im Handelsregister eingetragen ist. Sie müssen sich billigerweise an die Gesellschaft halten können, die das Geschäft übernommen hat und es weiterführt, denn die Geschäftswerte, das Geschäftsvermögen, sind auf die Gesellschaft übergegangen, und gerade der Zusammenhang von Schulden und Vermögen rechtfertigt die Haftung aus § 28 HGB (vgl. Baumbach/Duden, HGB 77. Aufl. § 28 Anm. A).

Mit einer anderen Begründung zieht Fischer (Anm. zu BGHZ 31, 397 in LM HGB § 28 Nr. 3), der die Regelung des § 28 HGB ebenso wie die des § 25 HGB für rechtspolitisch verfehlt hält, die Richtigkeit der hier vertretenen Auf-

fassung in Zweifel, indem er meint, mit dem Gedanken des Rechtsscheins lasse sich weder eine Haftung aus § 25 noch aus § 28 HGB begründen; es sei entgegen der Ansicht des Reichsgerichts auch ausgeschlossen, daß der dem § 4⁹ BGB zugrundeliegende Rechtsgedanke Anlaß für die Schaffung von § 28 HGB gewesen sei. Nach seiner Auffassung ist ein vernünftiger Sachgrund für diese Vorschrift überhaupt nicht ersichtlich, so daß eine ausdehnende Auslegung nicht am Platze sei. Zur Rechtfertigung der von ihm vertretenen Meinung verweist Fischer (aaO) insbesondere darauf, es sei angesichts der zwingenden Natur der Haftung des Vermögensübernehmers nicht zu begreifen, daß die Haftung nach § 28 HGB jederzeit ohne Mitwirkung der Gläubiger abbedungen werden könne. Außerdem gebe der Rechtsgedanke des § 4⁹ HGB nur soviel her, daß der Vermögenserwerber lediglich beschränkt mit den Mitteln des übernommenen Vermögens, nicht aber unbeschränkt, wie im Falle des § 28 HGB, hafte. Diese Bedenken erscheinen dem erkennenden Senat nicht stichhaltig. Sicher ist, daß § 28 HGB, wenn überhaupt, noch weniger als Rechts-scheintatbestand zu erklären ist als § 25 HGB. Gleichwohl kann er sinnvoll sein, und es geht nicht an, allein deswegen, weil § 28 HGB noch schlechter als § 25 HGB in das System der Rechtsscheintatbestände paßt, eine innere Berechtigung der Vorschriften zu verneinen. Allerdings gibt die "Denkschrift zum Entwurf eines HGB" (abgedruckt bei Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 6. Band, Materialien zum Handelsgesetzbuch, 1897) keine überzeugende Begründung für die Vorschrift. Immerhin stellt sie klar, daß § 28 HGB nicht nur eine Parallele zu § 25 HGB, sondern in erster Linie eine Ergänzung zu § 130 HGB sein sollte. Die Denkschrift führt dazu aus (aaO S. 220 f): " (§ 130 HGB) bezieht sich nur auf den Fall, daß in eine bereits bestehende Gesellschaft ein neuer Gesellschafter eintritt und es wird allgemein angenommen, daß die Vorschrift ... dann keine

Anwendung findet, wenn erst durch den Eintritt eines Teilhabers eine Gesellschaft zustandekommt. In Wirklichkeit sind indessen die Verhältnisse in beiden Fällen so ähnlich, daß sich eine grundsätzlich verschiedene Behandlung sachlich nicht rechtfertigen läßt." Im folgenden ist dann allerdings auch § 25 HGB als Grund für die Regelung des § 28 angeführt. Die Heranziehung dieser beiden Vorschriften mag dann auch erklären, daß § 28 HGB einerseits - und insoweit in Übereinstimmung mit § 130 HGB - nicht die Fortführung der Firma verlangt, sondern allein den Eintritt genügen läßt, andererseits - im Gegensatz zu § 130 HGB - einen Ausschluß der normalen Rechtsfolgen des Eintritts zuläßt. § 25 HGB und § 130 HGB beruhen auf voneinander verschiedenen Prinzipien: § 130 HGB hat mit dem Rechtsschein nichts zu tun. Die Vermengung beider Prinzipien in einer Vorschrift war sicherlich nicht glücklich. Der Gesetzgeber hat das anscheinend nicht klar erkannt, wie die weitere, wenig einleuchtende Begründung in der Denkschrift zeigt. Der Unterschied zu § 25 HGB = Firmenfortführung bei § 28 HGB nicht erforderlich - wird mit dem schwachen Hinweis begründet, daß die Absicht der Parteien selbst bei Annahme einer neuen Firma "kaum jemals auf Trennung der alten und der neuen Geschäftsschulden und -forderungen mit Wirkung nach außen gerichtet sein" werde, wenn der Geschäftsinhaber selbst das Geschäft als Teilhaber weiterbetreibe. Tatsächlich ist jedoch § 28 HGB schon als Ergänzung zu § 130 HGB berechtigt: Ob bereits eine Gesellschaft besteht, in die ein neuer Gesellschafter eintritt, oder ob sie erst dadurch entsteht, daß ein Einzelkaufmann einen Teilhaber aufnimmt, kann für die Frage der Haftung des Eintretenden keinen Unterschied machen. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten, die hier den Ausschlag geben müssen, müßte eine solche Unterscheidung als willkürlich erscheinen. Allerdings wäre es unter diesem Gesichtspunkt konsequent gewesen, § 28 HGB dem § 130 HGB ganz nachzubilden. Die Möglichkeit, den Übergang der Geschäftsschulden auszuschließen,

paßt nicht zu der Regelung des § 30 HGB. Sie ist nur aus der vom Gesetzgeber irrigerweise gesehenen Parallele des § 28 HGB zu § 25 HGB zu erklären. Hieraus lassen sich aber nur Bedenken gegen § 28 Abs. 2 HGB, nicht jedoch gegen dessen Absatz 1 herleiten. Darüber hinaus spricht für § 28 HGB, insbesondere dafür, daß er im Gegensatz zu § 25 HGB die Firmenfortführung nicht voraussetzt, ein weiterer, gewichtiger Grund, den schon Pisko (in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 2. Band 1918 S. 260 f) aufgezeigt hat: Bei Übertragung des ganzen Geschäftes, also im Falle des § 25 HGB, ist der Geschäftsgläubiger günstiger gestellt als bei Aufnahme eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns. Für den Geschäftsgläubiger bildet im Falle des § 25 HGB der vom Erwerber dem Veräußerer entrichtete Kaufpreis ein Befriedigungsobjekt. Im Falle des § 28 HGB enthält der Geschäftsinhaber dagegen in der Regel keine Gegenleistung, die ihm allein verbleibt: Sowohl das bisher dem Einzelkaufmann gehörende Geschäftsvermögen, wie auch die vom Eintretenden bewirkte Leistung, nämlich seine Einlage, werden Gesellschaftsvermögen. Das Gesellschaftsvermögen wäre jedoch nach §§ 24 Abs. 2, 26 Abs. 2 HGB dem unmittelbaren Zugriff der alten Gläubiger entzogen, wenn nicht § 28 Abs. 1 HGB die Haftung der neugebildeten Gesellschaft anordnen würde. Nur so wird es dem Altgläubiger ermöglicht, gegen die Gesellschaft einen Titel zu erwirken und in das Gesellschaftsvermögen zu vollstrecken. Daraus erklärt sich auch, daß § 28 HGB nicht bloß die Haftung des Eintretenden, sondern die Haftung der Gesellschaft bestimmt. Auch unter diesem Blickwinkel erscheint der Absatz 2 der Vorschrift, aber auch nur dieser Absatz, unbefriedigend. Die Bedenken Fischers gegen § 28 Abs. 1 HGB sind also, selbst wenn sie gegenüber § 25 HGB durchgreifen mögen, nicht gerechtfertigt; damit ist auch seinem Widerspruch gegen die Anwendung des § 28 HGB auf den Eintritt in das Geschäft eines Minderkaufmanns die Grundlage entzogen.

Der erkennende Senat vermag auch der Kritik, die Fischer an der vom Reichsgericht (aaO) gezogenen Parallele zwischen § 28 HGB und § 419 BGB übt, kein entscheidendes Gewicht beizumessen. Auch § 130 HGB kennt keine Beschränkung der Haftung des eintretenden Gesellschafters auf das übernommene Vermögen, also seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen. Außerdem stellen das Reichsgericht und das ihm folgende Schrifttum zur Erklärung der Haftung aus § 28 HGB nicht auf den Wortlaut der Vorschrift des § 419 BGB ab, sondern verweisen lediglich auf den die Haftung aus § 419 BGB rechtfertigenden Gedanken, demjenigen müsse die Haftung für die Schulden aufgebürdet werden, der das Vermögen erhalte. Darüber, in welcher Weise diese Haftung des Übernehmers geregelt wird, besagt der Hinweis auf diesen Rechtsgedanken noch nichts. Der Gesetzgeber ist frei und kann die Ausgestaltung der dem Rechtsgedanken Rechnung tragenden Regelung so gestalten, wie sie nach seiner Auffassung den praktischen Gegebenheiten und den Belangen der Beteiligten am besten gerecht wird. Deshalb steht es auch in der Macht des Gesetzgebers, den Grundsatz, von dem er ausgeht, für besondere Fälle zu durchbrechen, und einer abweichenden Vereinbarung über die Schuldenhaftung zwischen dem Einzelkaufmann und der Gesellschaft, in die der persönlich haftende Gesellschafter oder Kommanditist eintritt, dem Gläubiger gegenüber Wirkung zu verleihen, zumal die abweichende Vereinbarung in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von einem Gesellschafter dem Gläubiger mitgeteilt worden sein muß. Der Handelsverkehr erfordert klare Verhältnisse. Angesichts des vielfach sehr raschen Warenumschlags wäre in den meisten Fällen bereits nach ziemlich kurzer Zeit nicht mehr festzustellen, welches Vermögen die Gesellschaft übernommen hatte und was aus ihm geworden ist. Eine Beschränkung der Haftung auf das übernommene Vermögen würde sich daher für die Gläubiger von Kaufleuten, die ihr Geschäft auf eine Gesellschaft

übertragen, höchst nachteilig auswirken, so daß dem Gesetzgeber die von ihm getroffene Regelung billig und geboten erscheinen konnte. Die Erwägungen von Fischer widerlegen daher nicht die naheliegende Annahme des Reichsgerichts, der Gesetzgeber sei von dem Gedanken der Vermögensübernahme ausgegangen und habe aus diesem Grunde die Vorschrift des § 28 HGB geschaffen. Der erkennende Senat trägt deshalb keine Bedenken, auch dieser Begründung des Reichsgerichts zu folgen. Er gelangt daher in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht zu dem Ergebnis, daß § 28 HGB auch dann Anwendung findet, wenn der bisherige Geschäftsinhaber ein Minderkaufmann war.

Deshalb muß der Beklagte, der im Handelsverkehr als persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft aufgetreten ist, die das Geschäft des Ka[REDACTED] übernommen und fortgeführt hat, gemäß §§ 128, 28 HGB für die im Betriebe des Ka[REDACTED] entstandenen Verbindlichkeiten persönlich einstehen.

2. Die Anschlußrevision wendet sich weiter dagegen, daß das Berufungsgericht die Vereinbarungen zwischen dem Kläger und Ka[REDACTED] nicht als wider die guten Sitten verstoßend und aus diesem Grunde nichtig angesehen hat. In diesem Punkte kann ihr der Erfolg nicht versagt werden.

a) Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß zwischen der Leistung des Klägers und der nach den Verträgen von Ka[REDACTED] zu bewirkenden Gegenleistung ein auffälliges Mißverhältnis bestand. Der Kläger hatte nach dem "Kaufvertrage" zunächst nur eine Anzahlung von 5 000 DM aufzubringen. Der sogenannte Restkaufpreis war erst vier Wochen nach der Lieferung der Maschine fällig. Für die Anzahlung sollte der Kläger in den drei "Anlaufmonaten" eine Vergütung von je

167 DM erhalten, mithin eine Verzinsung von rund 40 %. Nachdem der Kläger am 4. August 1953 weitere 5 000 DM bezahlt hatte, wurde durch Zusatzvertrag vom selben Tage die Vergütung in der Anlaufzeit auf 325 DM heraufgesetzt. Da Ka [REDACTED] die weiteren 5 000 DM nur für die Hälfte der Anlaufzeit in Händen hatte, stellte sich nunmehr die Verzinsung der vorweg bezahlten Beträge in der sogenannten Anlaufzeit auf über 50 %.

Der sogenannte Restkaufpreis betrug in Wahrheit nicht 17 000 DM, sondern nur 10 000 DM, wovon der Kläger, wie bereits erwähnt, 5 000 DM am 4. August 1953 bezahlt hatte. Nach § 5 des Pachtvertrages hatte nämlich Ka [REDACTED] vier Wochen nach Übergabe der Maschine, also in demselben Zeitpunkt, in dem nach dem Kaufvertrage der Restkaufpreis von 17 000 DM fällig wurde, 7 000 DM an den Kläger zurückzuzahlen. Inso- weit standen sich also die Forderungen aufrechenbar gegen- über und sind unstreitig auch verrechnet worden. Für die von dem Kläger insgesamt aufzubringenden 15 000 DM, auf die Ka [REDACTED] ab 1. Oktober 1954 jährlich 3 000 DM zurückzu- zahlen hatte, sollte der Kläger auf die Dauer von fünf Jahren eine Vergütung von 7 % des Gesamtumsatzes des Ka [REDACTED], minde- stens aber 6000 DM jährlich, erhalten. Das bedeutet im ersten Jahre eine garantierte Vergütung von 40 %, im zweiten Jahre von 50 %, im dritten Jahre von 75 %, im vierten Jahre von 100 % und im fünften Jahre von 200 %. Auch wenn berücksich- tigt wird, daß es sich für den Kläger um ein gewagtes Geschäft handelte, weil er durch die Übereignung der Maschinen nicht voll gesichert war, so ist doch das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung derart offensichtlich, daß es nicht zu beanstanden ist, wenn das Berufungsgericht, das allerdings irrigerweise eine noch etwas höhere Kapitalver- zinsung zugrunde gelegt hat, die erwähnte Voraussetzung für

die Anwendung des § 138 BGB bejaht, zumal hinzukommt, daß der Kläger, worauf das Berufungsgericht mit Recht verweist, bei der Abfassung der Verträge bemüht gewesen ist, jedes Risiko für sich auszuschließen, indem er eine nur zu seinen Gunsten wirkende Wertsicherungs- und Anpassungsklausel aufnehmen ließ.

b) Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB) scheidet nach Auffassung des Berufungsgerichts deshalb aus, weil sich ein entsprechender Vorsatz des Klägers nicht feststellen lasse. Ob die Anschlußrevision mit ihren Angriffen gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts Erfolg haben müßte, kann dahingestellt bleiben, denn dem Berufungsgericht kann jedenfalls insoweit nicht gefolgt werden, als es auch die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB ablehnt, weil die subjektiven Voraussetzungen auf seiten des Klägers nicht vorhanden gewesen seien. Seine Ausführungen, mindestens der Kläger habe nicht darauf abgezielt, seinen Partner auszubeuten, weil er auf die Versprechungen des Ka[REDACTED] vertraut habe, daß sich durch die Aufstellung der mit den Mitteln des Klägers anzuschaffenden P[REDACTED]-Maschine sehr günstige geschäftliche Möglichkeiten ergeben würden, sind nicht geeignet, die Ablehnung der Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB zu rechtfertigen. Zwar ist anerkannt, daß für die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung allein nicht ausreicht, sondern daß außerdem noch eine verwerfliche Gesinnung des übermäßige Vorteile beanspruchenden Teils hinzukommen muß. Auf eine solche Gesinnung kann aber unter Umständen bereits aus einem besonders groben Mißverhältnis geschlossen werden. Wenn sich ein Teil böswillig oder grobfahrlässig der Erkenntnis verschließt, daß sich der andere aus einer mißlichen Lage heraus auf die schweren Bedingungen einläßt, so kann dies in Verbindung mit dem

Mißverhältnis das Rechtsgeschäft nichtig machen (RGZ 150, 1). Diese Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen des Reichsgerichts hat im Schrifttum Zustimmung gefunden (BGB RGRK 11. Aufl. § 138 Anm. 6; Westermann bei Erman, BGB 3. Aufl. § 138 Anm. 3; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. § 92 IV und Note 22 S. 1180). Auch der erkennende Senat ist ihr gefolgt (Urteile vom 21. Mai 1957 - VIII ZR 226/56 - LM BGB § 138 (Ba) Nr. 2 - und vom 2. Februar 1960 - VIII ZR 200/59 - nicht veröffentlicht). Der zur Entscheidung stehende Fall gibt keine Veranlassung, von diesen Rechtsgrundsätzen abzuweichen.

Die Anwendung der dargelegten Grundsätze muß hier zu dem Ergebnis führen, daß die Vereinbarungen zwischen Ka [REDACTED] und dem Kläger gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind. Auch wenn der Kläger den Versprechungen des Ka [REDACTED] vertraute und davon überzeugt war, daß sich durch die Anschaffung der P [REDACTED]-Maschine ausgezeichnete geschäftliche Erfolge erzielen ließen, ändert dies nichts daran, daß sich der Kläger bei der gegebenen Sachlage mindestens grobfahrlässig der Erkenntnis verschlossen hat, Ka [REDACTED] habe sich nur deshalb auf das Vertragswerk eingelassen, weil seine ungünstige wirtschaftliche Lage ihm keine andere Wahl ließ. Es wäre möglicherweise nichts dagegen einzuwenden gewesen, wenn der Kläger mit Rücksicht auf die ihm vorgespiegelten günstigen Geschäftsaussichten sich als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung des Geldes eine hohe Umsatzbeteiligung hätte versprechen lassen. Die verwerfliche Gesinnung ergibt sich hier aber mit Gewißheit daraus, daß der Kläger sich eine "Mindestpacht" zusagen ließ, die ihm auch dann, wenn der erwartete gewinnbringende Umsatz nicht erzielt wurde, eine Verzinsung des von ihm eingesetzten Kapitals in Höhe von zunächst 40 % gewähr-

leistete, die in den folgenden Jahren bis zu 200 % ansteigen sollte. Auch bei Anwendung der geringsten Sorgfalt mußte sich der Kläger sagen, daß ein Geschäftsmann auf solche Bedingungen nur dann eingeht, wenn er sich in einer geradezu verzweifelten Lage befindet. Falls der Kläger sich dieser Einsicht aus hemmungslosem Gewinnstreben verschlossen haben sollte, ändert das nichts daran, daß sich der Kläger den Vorwurf verwerflicher Gesinnung machen lassen muß. Ist aber das Vertragswerk zwischen Ka[REDACTED] und dem Kläger wegen Sittenverstoßes gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig, so kann der Kläger auf dieser Grundlage auch nicht den Beklagten in Anspruch nehmen, der lediglich aus § 28 HGB für die im Betriebe des Ka[REDACTED] entstandenen Verbindlichkeiten haftet. Aus dem nichtigen Vertragswerk sind Ansprüche des Klägers gegen Ka[REDACTED] jedoch nicht herzuleiten.

3. Wie das Berufungsgericht im Ergebnis mit Recht angenommen hat, kann der Kläger Forderungen gegen den Beklagten nur auf Grund der Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung geltend machen, denn der von dem Kläger gezahlte Betrag ist unstreitig dem Geschäftsbetriebe des Ka[REDACTED] zugeflossen und zu den Verbindlichkeiten, für die nach § 28 HGB die Gesellschaft haftet, gehören alle Schulden, die nicht in den privaten Beziehungen des früheren Geschäftsinhabers ihren Ursprung haben, gleichgültig, auf welchem Rechtsgrunde sie beruhen (EGB RGRK 2. Aufl. § 28 Anm. 6; § 25 Anm. 14). Dem Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung steht die Vorschrift des § 817 Abs. 2 BGB nicht entgegen, jedoch kann der Kläger Verzinsung der auf Grund der nichtigen Verträge hin gegebenen Beträge entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht verlangen (RGZ 161, 52; Urteil

des erkennenden Senats vom 18. April 1962 - VIII ZR 245/61 - NJW 1962, 1148). Der dem Kläger zustehende Betrag ergibt sich daher aus folgender Aufstellung:

vom Kläger an Ka [REDACTED] geleistete Zahlungen insgesamt	13 995,25 DM
abzüglich Zahlungen des Ka [REDACTED] und seiner Erben an den Kläger	5 700,73 DM
im Vorprozeß ausgeur- teilter Betrag	<u>6 060,00 DM</u> <u>11 760,73 DM</u>
bleiben	2 234,52 DM

Dieser Betrag verringert sich entgegen der Ansicht der Anschlußrevision nicht deshalb, weil Ka [REDACTED] die P [REDACTED]-Maschine für den Kläger anschaffen sollte. Der Kläger hat weder Besitz noch Eigentum an der Maschine erhalten. Es ist deshalb kein Rechtsgrund für die Annahme der Anschlußrevision ersichtlich, die Anschaffungskosten der Maschine müßten von dem Betrage abgesetzt werden, den der Kläger zu beanspruchen hat.

Mit Rücksicht auf den Zwangsvergleich ist die Forderung auf 20 % = 446,90 DM ermäßigt worden. Nur diesen Betrag nebst Prozeßzinsen hat daher der Kläger von dem Beklagten zu fordern.

Auf die Anschlußrevision war deshalb das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit das Berufungsgericht den Beklagten verurteilt hat, an den Kläger mehr als 446,90 DM nebst Zinsen zu zahlen. In diesem Umfang war die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts zurück- und die Klage abzuweisen. Die weitergehende Anschlußrevision kann dagegen keinen Erfolg haben.

II. Revision des Klägers.

Wie sich aus den Gründen der Entscheidung über die Anschlußrevision ergibt, ist die Revision in vollem Umfange unbegründet. Das Vertragswerk, aus dem der Kläger seine Ansprüche herzuleiten sucht, ist nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Auf die von der Revision behandelte Frage, ob der Beklagte verpflichtet wäre, einer Änderung der in dem Pachtvertrag enthaltenen Wertsicherungsklausel zuzustimmen, kommt es daher nicht an. Dem Kläger steht nur ein Bereicherungsanspruch zu, allerdings in geringerer Höhe, als ihn das Berufungsgericht zuerkannt hat.

Die Revision des Klägers muß deshalb zurückgewiesen werden.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits folgt aus §§ 92, 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Messner

Braxmaier