

Gelbe Erläuterungsbücher

Handelsgesetzbuch: HGB

Kommentar

Bearbeitet von

Von Prof. Dr. Ingo Koller, Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Kindler, Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, und Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen, Unter Mitarbeit von Nina Bach, Dipl.-Kff., Steuerberaterin

9. Auflage 2019. Buch. XXXVIII, 1138 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 71268 5

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

Gewicht: 982 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Handels- und Vertriebsrecht > Handelsrecht, HGB, Handelsvertreterrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

RR 1989, 423; str.), wenn sich kein Insolvenzverfahren anschließt (BGH BB 2014, 207 Rn. 18; OLG Stuttgart ZIP 2010, 1544); **II** genügt.

ee) Fehlt es an einem Erwerb iSv aa) u. bb), kommt (bei Schein der Fortführung) **4d**
uU **Rechtsscheinhafung** in Frage (→ § 15 Rn. 38 ff.); hier ist idR **Kausalität**
(Altverbindlichkeiten!) zweifelhaft.

ff) Die Haftung nach **I 1** sollte nicht greifen, wenn der Erwerb des Unternehmens **4e**
kurzfristig (etwa aufgrund Anfechtung) *rückgängig* gemacht wird. Iü ist der Altgläubiger
nicht als schutzwürdig anzusehen, wenn er die Unwirksamkeit des Grundgeschäfts
gekannt hat (RWH/Ries Rn. 10). Für generelle Unanwendbarkeit des **I** bei
Rückabwicklung (Anfechtung, Rücktritt) EBJS/*Reuschle* Rn. 34; dann kommt aber
Rechtsscheinhafung des Erwerbers in Frage (MüKoHGB/*Thiessen* Rn. 54).

gg) Die Haftung gem. **I 1** ist unabhängig davon, ob bei Begründung der Forde- **4f**
rung o. im Zeitpunkt der Übertragung des Unternehmens der alte Unternehmens-
träger vermögenslos o. insolvent war u. der Gläubiger davon wusste (BGH NJW
2006, 1002; aA *Canaris* § 7 Rn. 26).

c) Der **Erwerber** muss die für **I 1** notwendige nach außen dokumentierte **Konti- 5**
nuität durch Fortführung des **Unternehmens** (aa) u. der **Firma** (bb; → Rn. 6)
verwirklichen. **aa) Unternehmenskontinuität.** (1) **I 1** verlangt nicht die Übertra-
gung (iSv → Rn. 4b) des Unternehmens als ganzes, sondern nur die tatsächliche
(auch sukzessive) Übertragung der für die Fortführung des Geschäftsbetriebs not-
wendigen, den **Kern** ausmachenden **Teile**, mit denen das Unternehmen **nach**
außen in Erscheinung tritt (BGH NJW 2010, 236 Rn. 18; OLG Bremen NZG
2008, 946; betriebsfähige Wirtschaftseinheit), also des den Schwerpunkt des Unter-
nehmens bildenden **wesentlichen Bestands** (BGH NZG 2012, 916 Rn. 18);
Ertragswert der Teile hat maßgebliche Bedeutung (BGH ZIP 2010, 83 Ls.; OLG
Koblenz NJW-RR 2006, 408). Abzustellen ist darauf, ob Tätigkeitsbereich, innere
Organisation, Räumlichkeiten, Kunden- u. Lieferantenbeziehungen im Kern beibe-
halten u./o. Teile des Personals übernommen werden (→ Rn. 9; BGH NZG 2012,
916 Rn. 18; BB 2014, 207 Rn. 15; OLG Köln 11.4.2014 – 19 U 127/13 – BeckRS
2014, 10932); Verwendung derselben Briefbögen (BGH NJW-RR 2009, 820
Rn. 17). Auch (BGH NJW-RR 2009, 820 Rn. 19): Firmenlogo, Geschäftssitz, Fax-
u. Telefonnummern (reichen allein nicht: OLG Hamm NJW-RR 1995, 735), E-
Mail-Adresse, Selbstdarstellung im Gesamtbild. Bei **Aufteilung** bzw. Teilveräuße-
rung des Unternehmens, ohne dass Kern des Unternehmens noch erkennbar bleibt,
ist **I 1** unanwendbar; keine geteilte Anwendung des **I 1** (aA wohl *Schmidt* § 8 Rn. 59,
63). Bei Übernahme des Kerns steht Fortführung des Rests durch alten Inhaber
nicht entgegen (BGH NZG 2012, 916 Rn. 20); sukzessiv erfolgende Unternehmens-
übernahme möglich (OLG Saarbrücken ZIP 2018, 1353). (2) Die Übernahme einer
organisatorisch verselbständigten **Zweigniederlassung** (mit getrennter Buchhal-
tung u. eigenständigem Geschäftszweig) genügt für **I 1** (BGH NJW 1972, 1859; DB
1979, 1125; zur Repräsentanz eines ausländischen Unternehmens: OLG Düsseldorf
NJW-RR 1995, 1185); die Haftung des Erwerbers beschränkt sich dann auf die
von der Niederlassung begründeten Verbindlichkeiten. (3) Das Handelsgeschäft/die
Zweigniederlassung muss vom Erwerber auch **tatsächlich fortgeführt** werden
(OLG Hamm 10.3.2009 – 4 U 148/08,– BeckRS 2009, 14008); dies zumindest **in**
seinem Kern. Bei sofortiger Stilllegung greift **I 1** nicht. Kurzzeitige Betriebsunter-
brechung stört nicht (OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 333; OLG Hamm
22.2.1008 – 19 U 115/07,– BeckRS 2008, 06686: 14 Monate nicht mehr kurzzei-
tig). Eingliederung steht Fortführung nicht entgg (MüKoHGB/*Thiessen* Rn. 56),
da es für Verkehrserwartungen nicht auf interne Strukturen ankommen kann. Bei
sofortiger Weiterveräußerung (-verpachtung) wirkt **I 1** nicht zu Lasten des Zwi-
schen-, evtl. aber des Enderwerbers (bzw.: -pächters) (vgl. RGZ 143, 371). Der
Rechtsschein einer Unternehmensfortführung reicht nicht (vgl. BayObLG NJW-

RR 1988, 870; OLG Bremen NZG 2008, 946; aA OLG Frankfurt a. M. NJW 1980, 1398); evtl. Rechtsscheinhaftung des Erwerbers (Kausalität genau zu prüfen).

- 6 **bb) Firmenkontinuität. (1)** Die bisherige (auch: unzulässige; BGH NJW 2001, 1352) Firma des Veräußerers muss **tatsächlich fortgeführt** werden. Dies ist für die Haftung nach **I 1** unverzichtbar (BGH NZG 2012, 916 Rn. 18; OLG Hamm NZG 2018, 33 Rn. 14; aA *Schmidt* § 8 Rn. 34). Der Nachfolgezusatz wahrt die Firmenkontinuität. Gleichnamigkeit des Erwerbers schließt Fortführung der Firma nicht aus (offen in BGH NJW 1992, 912). Firma muss nicht eingetragen sein. Ob die Firma wirksam übertragen (iSv → § 22 Rn. 6) worden ist, spielt keine Rolle (OLG Koblenz NJW-RR 2006, 409); ebenso wenig, ob Firmenfortführung gem. § 22 (→ § 22 Rn. 17) zulässig ist (aber: gem. § 22 zulässige Änderungen wahren Firmenkontinuität). Ob Firmengebrauch gem. §§ 17 ff. zulässig, ist nicht relevant (Oetker/*Vössler* Rn. 26). Firma kann auch erloschen (zB bei Erwerb eines Kleingewerbl Unternehmens von einer GmbH) sein (aA Vorauf.). Wird „e.K.“ durch neuen Träger weggelassen, schließt dies (wie bei Weglassen des Gesellschaftszusatzes; OLG Brandenburg 8.1.2014 – 4 U 20/12 – BeckRS 2014, 01266) Haftung nach **I 1** nicht aus (OLG Rostock 20.1.2016 – 1 U 32/15 – juris Rn. 29; aA OLG Hamm NJW-RR 1997, 733; → Rn. 3). Behält erwerbende Gesellschaft ihre Firma, kann wegen Grundsatz der Firmeneinheit (→ 17 Rn. 15) bisherige Firma nicht als Firma fortgeführt werden; markenähnliche Verwendung möglich; kein Fall des **I 1**, aber Rechtsscheinhaftung möglich (OLG Saarbrücken ZIP 2018, 1353 f.). Fortführung nur bei firmenmäßigem Gebrauch (→ § 17 Rn. 22); liegt nicht vor, wenn nur Bezeichnung für betriebene Geschäfte bzw. Produkte (OLG München 10.1.2018 – 20 U 1091/17 – BeckRS 2018, 596 Rn. 43); evtl. aber Rechtsscheinhaftung. **(2) Fortführung** einer Firma verlangt keine wort- u. buchstabengetreue Übereinstimmung von alter u. neuer Firma; entscheidend ist vielmehr, ob die beteiligten Verkehrskreise die neue Firma noch mit der alten identifizieren (BGH NZG 2012, 916 Rn. 18; BAG ZIP 2013, 1186 Rn. 42). Dabei ist maßgebend, unter welcher Bezeichnung das Unternehmen am Markt auftritt (Firmengebrauch), nicht die Erklärung ggü. dem Registergericht (u. die Eintragung; BGH NJW 2010, 236 Rn. 16). **Fortführung** setzt voraus, dass die Firma zumindest im **Kern** (in ihrem **prägenden Teil**; BGH NJW-RR 820 Rn. 19; NJW 2006, 1002; zu Buchstaben-Zahlenkombination bei Diskothek) unverändert übernommen wird (BGH NJW 2010, 236 Rn. 13 f.). Zum Kern zählt der Name; Bezeichnung des Geschäftszweigs bzw. Betätigungsfelds kann Gesamtbild prägen u. zum Kern gehören; Zufügen bzw. Weglassen kann im Einzelfall unschädlich sein (OLG Köln 30.5.2014 – 19 U 165/13 – BeckRS 2014, 01388; OLG Rostock 20.1.2016 – 1 U 32/15). Veränderungen bei Letzteren werden hingenommen, wenn sie der Konkretisierung dienen („A-Maschinenfabrik“ in „A-Agrartechnik“; OLG Hamm NJW-RR 1999, 397). Hinzufügen, Weglassen o. Änderung eines **Rechtsform-**(Gesellschafts-)zusatzes ist unschädlich (BGH NJW 1992, 912; WM 2004, 1178; OLG Brandenburg 8.1.2014 – 4 U 20/12 – BeckRS 2014, 01266); Zweck des **I 1** (→ Rn. 2) deckt Erkennbarkeit des Wechsels des Unternehmensträgers ab (vergleichbar mit Nachfolgezusatz). Erhöhte Bedeutung des Rechtsformzusatzes gem. § 19 I ist insoweit ohne Einfluss (→ Rn. 3; aA *Canaris* § 7 Rn. 30). Irrelevant auch die Änderung (Weglassen, Zufügen) anderer Zusätze, etwa des Vornamens, die farblos bzw. ohne Individualisierungskraft sind (BGH NJW 1986, 581). Bei Einzelkaufmann kann Vorname neben Familienname prägend sein; Austausch (nicht bloßes Weglassen) des Vornamens kann Fortführung entgegenstehen (OLG Hamm NZG 2018, 33 Rn. 17 f.). Irrelevant ist das Klangbild (BGH WM 204, 1179). **(3) Bsp.:** Firmenfortführung **bejaht:** „Elektro S-AS“ wird zu „Elektro-S-GmbH“ (BGH NJW 1986, 581); „Druckerei H-St“ zu „Druckerei H-St, Inhaber W-F“ (BGH NJW 1984, 1186); „Anton v. A“ zu „v. A.-GmbH & Co, Gaststättenbetriebs- u. Vertriebs-KG“ (BGH NJW 1982, 577); vgl. auch OLG Düsseldorf DB 2007, 2141. **Sehr weitgehend:** „Kfz-Küpper, Internationale Transporte, Handel

mit Kfz-Teilen und Zubehör aller Art“ in „Kfz-Küpper Transport und Logistik GmbH“ (BGH WM 2004, 1178); „W. & P. PC69 Musikbetrieb GmbH & Co KG“ in „PC69 Diskothek e. K. Inhaberin P. M.“ (BGH NJW 2006, 1002); „Fußbodenbau Salur-GmbH“ in „Industrie-Böden Salur-GmbH“ (BGH NJW-RR 2009, 820 Rn. 20). Beibehaltung des Familiennamens, Wegfall des Vornamens, Hinzufügung von „Tiefbau“ u. „GmbH“ (OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 332 Ls.). Firmenfortführung **verneint**: „Eugen Mutz & Co.“ wird zu „Eumuco AG“ (RGZ 145, 278); „Gewebe- u. Teppich-Importf. D.“ zu „Gewebe- u. Teppich-Import GmbH“ (OLG Bremen NJW 1963, 111; probl); „E & Co“ zu „F & Co, vormals E“ (BGH WM 1964, 297); „F & Sohn GmbH“ zu „F-Fleisch GmbH“ (BGH NJW 1987, 1633); „UVM Metallbau GmbH“ zu „UVO Draht- und Metallbau Handelsgesellschaft mbH“ (eingehend BAG ZIP 2011, 1186 Rn. 43 f.). Weglassen von Vor- u. Familiennamen (OLG Koblenz NJW 1995, 797); vgl. auch OLG Köln MDR 2007, 415; Austausch des Vornamens bei Einzelkaufmann („Ralf B.“ zu „Annika B.“); OLG Hamm NZG 2018, 33 Rn. 18). Um eine Haftung zu vermeiden, muss Erwerber bei Wahl der Firma für den **nötigen Abstand** sorgen (BGH NJW 1992, 912). (4) Für die Haftung nach **I 1** ist es **unerheblich**, ob die Firma im Handelsregister eingetragen (→ Rn. 3) o. gelöscht worden ist, sofern tatsächliche Firmenführung gegeben (BGH NJW 1992, 911), ob die Firma selbst o. ihre Fortführung (BGH BB 2001, 694) zulässig ist (BGHZ 22, 237), ob Zusätze fehlen o. geboten wären (BGH NJW 1986, 582), ob die notwendige Einwilligung des Veräußerers vorliegt (anders als **I 2**), insbes. ob die Firma wirksam übertragen worden ist (BGH NJW 1992, 912; → § 22 Rn. 5). (5) Die Firma muß **tatsächlich** (zumindest kurzfristig) **geführt** werden. Für **I 1** kommt es nicht darauf an, welche Erklärung der Erwerber dem Registergericht ggü abgibt, sondern allein auf das **Auftreten am Markt** (BGH NJW 2010, 236 Rn. 16); der Verkehr muss davon ausgehen können, es handle sich um die vom Unternehmer gewählte Firma (BGH NJW 1987, 1633). **I 1** ist auch anwendbar, wenn Veräußerer Firma weiterverwendet (OLG Hamm NJW-RR 1999, 397; OLG Koblenz NJW-RR 2006, 409). Ebenso wenn Firma nur ganz kurzzeitig geändert u. dann alte Firma weiterverwendet wird (BGH NJW 2010, 236 Rn. 15).

3. Rechtsfolgen. a) I 1 ordnet einen **ges. Schuldbeitritt** an (hL; Staub/*Burgard* 7 Rn. 77; aA *J W Flume* 133; *Lieb* FS Börner, 1992, 754 ff.; *Schmidt* § 7 Rn. 90, § 8 Rn. 44; Vertragsübergang unter Mithaftung des bisherigen Inhabers; dies abl. für Mietvertrag BGH DB 2001, 1301, iü offenlassend; dgg: für Forderungen, **I 2**, Einverständnis des bisherigen Inhabers nötig); mit **unbeschränkter** persönlicher Haftung. § 26 I modifiziert die kumulierende Wirkung von **I 1**. Die Haftung ist vom Innenverhältnis (ebenso von der (Un-)Kenntnis des Gläubigers; OLG München BB 1996, 1683) unabhängig. Für Forderung gg Erwerber gilt nicht § 727 ZPO (weil keine Rechtsnachfolge); vielmehr § 729 II ZPO. **b)** Die Haftung bezieht sich (u. ist begrenzt) auf alle „**im Betriebe des Geschäfts**“ (s. § 344) begründeten, aber auch dem Veräußerer bei Geschäftsgründung o. -erwerb entstandenen **Altverbindlichkeiten**; auch Gewährleistungsansprüche, Schadensersatz, ungerechtfertigter Bereicherung u. Delikt; auch „im Betrieb“ begründete Steuerschulden (neben §§ 75 I, 191 I AO; OVG Münster 11.11.2013 – 14 A 1347/11 – BeckRS 2013, 58408; SächsFG 9.1.2014 – 8 V 1834/11 – BeckRS 2014, 94374; *Bruschke* StB 2009, 28); (Ab-)Wassergebühren (VGH BaWü 15.12.2016 – 2 S 1501/16 – BeckRS 2016, 111610); **nicht**: Sozialversicherungsbeiträge, da keine Geschäftsverbindlichkeiten (LG Mainz ZIP 2008, 2024; LSG LSA ZIP 2011, 1122); Körperschaftsteuer (BFH GmbHR 2016, 1492 f.). Es reicht aus, wenn der **Rechtsgrund** vor dem Unternehmensübergang **gelegt** wurde (zB bei Unterlassungspflichten; RGZ 96, 173; LG Berlin 2.4.2012 – 52 O 123/11 – BeckRS 2012, 17569); dies gilt zB auch bei Vertragsrafen (BGH NJW 1996, 2867). Anders wenn Anspruch nur bei *bestimmtem* Handeln

des *Altinhabers* entsteht; **I 1** greift dann nur, wenn Handeln **vor** Geschäftsübergang liegt (BGH NJW-RR 1990, 1253; NJW 2001, 2253 zu § 546a BGB). Anwendbar auf vertraglichen **Unterlassungsanspruch**, dgg nicht auf den gesetzlichen (*Köhler* WRP 2000, 922 f., weil höchstpersönliche Verpflichtung; *Schmidt* FS Köhler, 2014, 637 ff., keine Wiederholungsgefahr mangels Zurechenbarkeit). Keine Anwendung auf Arbeitsverhältnisse, soweit Vorrang des § 613a BGB reicht (*Staub/Burgard* Rn. 86). **c)** Bei Ansprüchen aus **Dauerschuldverhältnissen** mit wiederkehrenden (Gegen-)Leistungen ist kein Vertragsübergang anzunehmen (BGH NJW 2001, 2252; OLG Köln 13.11.2012 – 22 U 43/11 – BeckRS 2014, 01951: Mietvertrag; OLG Stuttgart NJW-RR 1996, 1379; OLG Hamm 10.3.2009 – 4 U 148/08 – BeckRS 2009,14008: Lizenzvertrag). Iü ist zu differenzieren: **aa)** Ansprüche des Dritten für Gegenleistungen, die dieser *vor* Unternehmensübergang dem Altinhaber erbracht hat, können gem. **I 1** ggü. dem Unternehmenserwerber geltend gemacht werden. Wird Gegenleistung *nach* Unternehmensübergang erbracht, kommt **I 1** nur zur Anwendung, wenn an Erwerber geleistet wird; hier ergibt sich für Erwerber Erfüllungszuständigkeit aus **I 2** u. insoweit Gleichlauf mit **I 1** (Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 11; Oetker/Vössler Rn. 33; MüKoHGB/Thiessen Rn. 83), ohne dass ges. Vertragsübergang anzunehmen wäre (so aber *Schmidt* FS Sonnenschein, 2003, 512; offenlassend BGH NJW 2001, 2252). Gleichlauf mit **I 2** fehlt, wenn Anspruch auf die Gegenleistung nicht abtretbar o. bei höchstpersönlicher Leistung; dann sollte **I 1** unangewandt bleiben (zB bei Mietvertrag; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 11; offen BGH NJW 2001, 2252; aA EBJS/Reuschle Rn. 64; Staub/Burgard Rn. 96); iü besteht für Anwendung des **I 1** dann kein Bedürfnis, wenn Dritter in Kenntnis des Übergangs die Gegenleistung an den Altinhaber erbringt (iE *Canaris* § 7 Rn. 38). **bb)** Ist Veräußerer zu vertragstypischer Leistung (auch Unterlassung) verpflichtet, wird oft (aber nicht bei „lästigen“ Pflichten) Schuldübernahme vorliegen; konkludente Genehmigung des Dritten durch Abnahme der Leistung (wenn unzweideutig als Zustimmung zu werten) möglich, setzt aber Mitteilung der Schuldübernahme voraus, § 415 I 2 BGB. Bloßes Schweigen auf Anzeige reicht nicht (BGH ZIP 1996, 846). Ansonsten Erfüllungsübernahme, § 329 BGB, die durch Anspruch des Dritten aus **I 1** (neben fortbestehendem Anspruch ggü. Veräußerer) ergänzt wird. Damit korrespondiert (konkludente) Abtretung der Ansprüche gg. Dritten. **cc)** Bei Veräußerung nur einer **Zweigniederlassung** (→ Rn. 5) treffen den Erwerber nur die in der Niederlassung begründeten Ansprüche (BGH BB 1963, 748). **d)** Der Erwerber kann die dem Veräußerer ggü. dem Gläubiger im Zeitpunkt des Geschäftsübergangs zustehenden **Einreden** (zB Stundung) geltend machen. Für die Zeit danach gelten die §§ 422 ff. BGB. **e)** Der **Veräußerer** haftet neben dem Erwerber für Altverbindlichkeiten (auch auf Erfüllung; Gewährleistung) fort (**Gesamtschuld**). Die Haftung bleibt auch für Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen bestehen, die in der Zeit nach dem Geschäftsübergang fällig werden, jedoch begrenzt durch § 26 I. Für vom Erwerber begründete **Neuverbindlichkeiten** haftet der **Veräußerer** nur, wenn der Inhaberwechsel im Handelsregister nicht eingetragen wurde, § 15 I. **f)** Bei **Weiterübertragung** des Handelsgeschäfts haftet der Erwerber gem. **I 1** für Verbindlichkeiten des früheren Inhabers, soweit der letzte Inhaber für sie gem. **I 1** haftet (und keine Enthftung gem. § 26 I greift).

8 4. Ausschluss der Haftung, II. Der Erwerber (auch Pächter) kann eine Haftung für Altverbindlichkeiten vermeiden, indem er die alte Firma in ihrem Kern **nicht fortführt** (→ Rn. 6) o. (spätestens bis zur tatsächlichen Geschäftsübernahme) mit dem Veräußerer (auch Verpächter) eine **Vereinbarung** über einen Haftungsausschluss trifft, die in den Formen des **II** kundgetan wird. Zu § 38 IV öUGB s. öOGH wbl 12, 344.

8a a) Zweck. Dass **II** eine **Vereinbarung** zwischen Veräußerer u. Erwerber verlangt (statt sich mit einer einseitigen Erklärung des Erwerbers zufrieden zu geben), erklärt

sich aus der vom Gesetzgeber als Regelfall angenommenen Ausgestaltung des Innenverhältnisses (→ Rn. 2; aA Staub/*Burgard* Rn. 124f.). In Fällen, in denen **I 1** eine Haftung des Erwerbers (Zweitpächters) begr., ohne dass vertragliche Beziehungen zum *vormaligen* Inhaber (zB Erstpächter) bestehen, reicht aber für Zwecke des **II** eine **einseitige Erklärung** des neuen Inhabers (*Wilhelm* NJW 1986, 1798; *EBJS/Reuschle* Rn. 28; offen in *BayObLG* DB 1988, 389).

b) Der **Inhalt** der Vereinbarung muss auf den **Ausschluss** des von **I 1** angeordneten ges. Schuldbeitritts **gerichtet** sein. Die Vereinbarung kann sich auf **einzelne Forderungen** beziehen (hL). Bestimmbarkeit u. Erkennbarkeit (Verzeichnis beim Register) sind vonnöten. Eine Freihaltevereinbarung genügt nicht (BGH BB 1989, 1364, zu § 28), ebenso wenig eine Erfüllungsübernahme.

c) Publizierung der Vereinbarung: **aa)** durch formlose (zugangsbedürftige) **Mitteilung** des Erwerbers o. Veräußerers an den Gläubiger; mit Wirkung nur für diesen; **bb)** durch vom Veräußerer o. Erwerber vorgenommene Anmeldung (OLG München ZIP 2008, 1825; OLG Schleswig MDR 2010, 1130; *Huber* FS Raisch, 1995, 99; *MüKoHGB/Thiessen* Rn. 97; aA hL; zB *HaKo-HGB/Schall/Ammon* Rn. 34; nur gemeinsam; OLG Köln NZG 2010, 880) zur **Eintragung** in das Handelsregister (s. § 40 Nr. 5b) ff) HRV) (nur) auf Registerblatt des neuen Unternehmensträgers (OLG Düsseldorf NJW-RR 2008, 1211; OLG München ZIP 2008, 1825); bei § 43 HRV entspr.: OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1121) **u. Bekanntmachung**; Wirkung gegenüber **allen** Gläubigern. **cc) Kenntnis** des Dritten von der Vereinbarung ohne Publizierung gem. **II** führt nicht zu einem Haftungsausschluss (BGHZ 29, 4; Wortlaut insoweit eindeutig: *EBJS/Reuschle* Rn. 86; probl; evtl. § 242 BGB).

d) Die Publizierung muss **rechtzeitig**, **aber nicht** schon vor dem tatsächlichen Akt der Übernahme erfolgen (OLG Stuttgart NJW-RR 2000, 1423 Ls.). Eine **unverzüglich** (OLG Hamm NZG 2014, 1397; OLG München ZIP 2007, 1064; *BayObLG* WM 1984, 1534; drei Wochen reicht) der tatsächlichen **Geschäftsübernahme** (zutr. *BayObLG* ZIP 2003, 527) **nachfolgende Anmeldung** beim Registergericht bzw. Absendung der Mitteilung an den Dritten reicht aus, wenn Eintragung u. Bekanntmachung **in angemessenem Zeitabstand** folgen (BGHZ 29, 2; OLG Schleswig MDR 2010, 1130) bzw. die Mitteilung alsbald (nicht mehr als sechs Wochen; RGZ 75, 140) bei Dritten zugeht (enger zeitlicher Zusammenhang: *öOGH* wbl 12, 345 zu § 38 IV *öUGB*). Danach darf nicht mehr eingetragen werden (OLG Schleswig MDR 2010, 1130), wenn dies für Gericht offensichtlich ist (OLG Hamm NZG 2014, 1397). Wird trotzdem eingetragen, entfaltet dies keine Wirkungen ggü. Altgläubigern. Iü trägt Erwerber Risiko von Verzögerungen (auch des Registergerichts) bei Eintragung u. Bekanntmachung (RGZ 131, 14; *BayObLG* ZIP 2003, 527; OLG München ZIP 2007, 1063; zu recht krit. *Canaris* § 7 Rn. 35). Verschulden (auch des Registergerichts) irrelevant (OLG Hamm NZG 2014, 1397). Aber: Bei Zwischenverfügung muss, um Antragsteller nicht rechtlos zu stellen, längerer Zeitraum hingenommen werden (OLG Hamm NJW-RR 1999, 398; 5 Monate; OLG München ZIP 2008, 1825 [3 Monate unprobl]; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1121). Zu lang sind 8 Monate (OLG München ZIP 2007, 1064; OLG Frankfurt a. M. DB 2001, 1553; vgl. OLG Hamm NJW-RR 1994, 1121; BGH NJW 1984, 1187). Verzögerungen durch beteiligte Stellen sind bei der Länge der Frist zu berücksichtigen.

e) Eintragung nur bei **ordnungsgemäßer Anmeldung** (→ Rn. 8d). **aa)** Zivilrechtliche Wirksamkeit der Vereinbarung über Haftungsausschluss ist vom Gericht nicht zu prüfen; nur wenn offensichtlich unwirksam, ist Eintragung abzulehnen (*BayObLG* ZIP 2003, 527); Nachweis der Vereinbarung entfällt, wenn beide Teile anmelden (OLG München GmbHR 2010, 1040). **bb)** Tatbestand des **I 1** muss erfüllt sein (OLG Zweibrücken NZG 2013, 1236); aber: Haftungsausschluss schon einzutragen, wenn Möglichkeit der Haftung gem. **I 1** **ernsthaft** in Betracht kommt (OLG München NJW 2015, 2353 [für Eintragung in das Partnerschaftsregister; Ver-

weis in § 2 II PartGG]; OLG Düsseldorf NZG 2015, 1282; OLG Zweibrücken ZIP 2014, 570), da Anwendungsvoraussetzungen des **I 1** im einzelnen str. (zB Firmenfortführung; OLG Köln NJW-RR 2010, 1559) u. Registergericht Tatsachen nicht im Detail prüfen kann u. soll (kein Ermessen). Anders nur, wenn *eindeutig* keine Haftung in Betracht kommt (OLG Stuttgart ZIP 2010, 1544; OLG Köln NJW-RR 2010, 1558; OLG München GmbHR 2010, 1040; OLG Düsseldorf NZG 2015, 1282; enger OLG Saarbrücken ZIP 2018, 1353 bei markenähnlicher Verwendung einer Firma). **cc**) Eintragung des Veräußerers im Register keine Voraussetzung (OLG Zweibrücken ZIP 2014, 570). **dd**) Verspätete Eintragung entfaltet keine Wirkungen ggü. Altgläubigern.

8f f) Rechtsfolgen. II betrifft nur die Haftung aus **I 1**, nicht diejenige aus anderen Gründen. Die Vereinbarung iSv **II** greift **nicht** ggü. **Steuerschulden**; § 75 I AO (BGH NJW 2008, 1086 zur notariellen Belehrungspflicht).

9 5. Besonderer Verpflichtungsgrund, III. Führt der Erwerber das Handelsgeschäft unter anderer Firma fort, kommt eine Haftung nur bei bes. Verpflichtungsgrund, etwa bei Bürgschaft, Betriebs- (§ 613a BGB) o. Schuldübernahme, § 75 AO (die iü auch neben **I 1** eingreifen können; RGZ 131, 31; BGHZ 27, 262; OLG Koblenz NJW-RR 1989, 421) in Frage. Hierfür hat **III** nur Hinweisfunktion. Daneben steht die in **III** erwähnte **Bekanntmachung** („Kundmachung“; s. § 26 I 1) der Haftungsübernahme durch den Erwerber (nicht: Veräußerer) in handelsüblicher Form (etwa durch Rundschreiben o. Zeitungsanzeigen), soweit sie als eine **einseitige**, nicht annahmbedürftige **Verpflichtungserklärung** des Erwerbers zu werten ist (ROHG 1, 62 ff. uö; s. *J W Flume* 91; Oetker/*Vössler* Rn. 41); sie ist weitgehend ohne praktische Bedeutung geblieben.

III. Forderungsübergang, I 2, II

10 1. Allgemeines. a) I 2 bezweckt **Schuldnerschutz** (*Altmeppen* 123; *Canaris* § 7 Rn. 65). Dies gilt sowohl bei unveränderter Firmenfortführung, wenn der Schuldner davon ausgeht, er leiste an den alten Inhaber der Forderung, wie auch in Fällen, in denen der Schuldner (etwa bei einem Nachfolgezusatz) vom Inhaberwechsel weiß, die Firmenfortführung aber eine Übernahme aller Aktiva u. Passiva signalisiert (→ Rn. 2 unter e). **b)** Welcher **dogmatische Ansatz** dem **I 2** zugrunde liegt, ist str.: **aa)** Umfassend wirkende Legalzession (Denkschrift 37; *Schmidt* § 8 Rn. 52; *J W Flume* 119 ff.: rechtsgesch. Universalsukzession); **bb)** relative Legalzession (arg.: „den Schuldner gegenüber“; v. *Gierke/Sandrock* § 16 I 3b bb); **cc)** unwiderlegbare Vermutung einer rechtsgeschäftlichen Abtretung (*Hausmann* JR 1994, 136) bzw. Fiktion (*Staub/Hüffer*⁴Rn. 69), jeweils im Verhältnis zum Schuldner (iE BGH WM 1992, 738); **dd)** (**nur**) durch Kundmachung gem. **II** widerlegbare Vermutung der Abtretung (OLG München DB 1992, 518; EBJS/*Reuschle* Rn. 74; MüKoHGB/*Thiessen* Rn. 72, 74). **ee)** Rechtsscheintatbestand (*Canaris* § 7 Rn. 66), verbunden mit einer widerlegbaren Vermutung zugunsten des Erwerbers. **ff)** Gesetzlich vertyppte Abtretung (*Schmidt* AcP 198, 516). **gg) Stellungnahme. I 2** ist keine Ausprägung des Rechtsscheinprinzips (Firma mit Nachfolgezusatz! aber → Rn. 19), sondern eine am Schuldnerschutz orientierte **Zweckmäßigekeitsregelung**, die sich an Verkehrserwartungen (→ Rn. 2 unter c) orientiert. Diese Erwartungen zu schützen besteht freilich kein Anlass, wenn fehlende Abtretung dem Schuldner bekannt (→ Rn. 14). Diesem Schutzziel entspricht am ehesten die Annahme einer **widerleglichen Vermutung** eines Forderungsübergangs (vgl. *Lieb* JZ 1992, 1030; *Canaris* § 7 Rn. 67; angesichts der Unklarheiten bei der Firmenfortführung, → Rn. 6, rechtspolitisch vorzuziehen; Oetker/*Vössler* Rn. 49; *Staub/Burgard* Rn. 111 f.). Wortlaut („den Schuldner gegenüber“) streitet iü gg. Lösungen, die die Gläubiger des Erwerbers begünstigen.

2. Voraussetzungen. I 2 knüpft hinsichtlich der **tatbestandlichen Voraussetzungen** (tatsächliche Übernahme; Handelsgeschäft; Firmenfortführung; → Rn. 3–6) an **I 1** an (weitergehend Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 22: es dürfe kein *Haftungsaus-schluss* nach **II** vorliegen). Der Veräußerer muss aber (anders bei **I 1**) seine (auch konkludent mögliche) **Einwilligung** zur Firmenfortführung erteilt haben. Diese liegt (konkludent) in der Abtretung der Firma als Immaterialgüterrecht (→ § 17 Rn. 6–7); ansonsten einseitige Gestattung (für bloße Duldung: Staub/*Burgard* Rn. 109, wohl zu weitgehend). Damit wird ein Ausgleich zwischen Verkehrsschutz- u. Veräußererinteresse versucht. Die Einwilligung muss wirksam sein (§§ 104 f. BGB anw, ebenso § 123 I BGB); nur dann ist dem Veräußerer die Firmenfortführung des Erwerbers zuzurechnen. Kenntnis des Schuldners von der Einwilligung ist irrelevant (RWH/*Ries* Rn. 36). Gutgläubigkeit hilft nicht; evtl. aber Rechtsschein einer Einwilligung.

3. Rechtsfolgen. a) Der in **I 2** vorgesehene Forderungsübergang erfasst nur **betriebsbezogene** Forderungen (§§ 343, 344 anwendbar), einschl. deliktischer Ansprüche u. Vertragsstrafen. Sie dürfen keinem Abtretungsverbot unterliegen (hL; aA zu Recht *Canaris* § 7 Rn. 70, wenn Firma ohne Nachfolgesatz fortgeführt wird); ihre Abtretung darf nicht von Zustimmung Dritter abhängen (BGH WM 1992, 737) u. sie müssen formfrei übertragbar sein (Staub/*Burgard* Rn. 116; teilweise aA *Canaris* § 7 Rn. 71).

b) I 2 ist eine am Ziel des **Schuldnerschutzes** orientierte, darauf beschränkte u. (zugunsten des Schuldners) widerlegliche **Vermutung** des Forderungsübergangs (HaKo-HGB/*Schall/Ammon* Rn. 30; str.). **I 2** hat **Bedeutung** nur für den Fall, dass die Forderung bei Geschäftsübernahme **nicht** an den Erwerber **abgetreten** worden (sonst → Rn. 18), also der Veräußerer Forderungsinhaber geblieben ist. In diesem Fall gilt:

aa) Der **Schuldner** kann an den **Erwerber** schuldbefreiend (also mit Wirkung ggü. dem Veräußerer) leisten; er kann sich zugleich auf §§ 404, 406 BGB berufen. Der Erwerber ist insoweit als einziehungsermächtigt (auch Stundung, Verzicht, Vergleich) u. prozeßführungsbefugt (*J Hager* GS Helm, 2001, 702 f.) anzusehen. Der Schuldnerschutz des **I 2** findet seine Grenze im Falle des **II** (→ Rn. 19) sowie bei sicherer (iSv beweisbarer; Gedanke des Art. 40 III WG; *Canaris* § 7 Rn. 72; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 25; RWH/*Ries* Rn. 35) **Kenntnis** von der Nichtabtretung der Forderung (str.; BGH WM 1992, 738, lässt offen; BGHZ 29, 4; bei kollusivem Zusammenwirken), die auch Erwerber verschaffen kann. Der **Erwerber** kann sich zur *Geltendmachung* der Forderung nicht auf **I 2** berufen (da Schuldnerschutzvorschrift; aA Denkschrift 37; RGZ 72, 436; Staub/*Burgard* Rn. 114), muss also Abtretung beweisen. Ggü. Schuldner kann er Entgegennahme der Leistung ablehnen; er gerät nicht in Annahmeverzug. Bei **Dauerschuldverhältnissen** mit wiederkehrenden Leistungen gilt **I 2** für bereits entstandene Ansprüche; bzgl. künftig zu erbringender Leistungen, die nur Erwerber mittels des erworbenen Unternehmens erbringen kann, wird eine (konkludente) Abtretung der Zahlungsansprüche anzunehmen sein; insoweit greift **I 2** nicht ein (→ Rn. 18). Hat Dritter die vertragstypische Leistung zu erbringen, ist zu differenzieren. Bei personenbezogener Leistung (an den Veräußerer) greift **I 1** u. **I 2** von vorneherein nicht ein. Bei unternehmensbezogener Leistung ist zunächst §§ 566, 578, 613a BGB zu beachten. Iü gilt: Bei Leistungen, mit denen nur der Erwerber als Unternehmensträger etwas anfangen kann, ist idR von (konkludenter) Abtretung auszugehen. Ansonsten hilft **I 2** in den aufgezeigten Grenzen.

bb) Im Verhältnis **Schuldner – Veräußerer** gilt: Der Schuldner kann jederzeit schuldbefreiend an den Veräußerer als Forderungsinhaber leisten; **I 2** als Schuldnerschutzvorschrift steht nicht entgeg (*Oetker/Vössler* Rn. 55; Staub/*Burgard* Rn. 113; str.). Der Veräußerer kann seine Forderung ggü. dem Schuldner geltend machen,

wenn **I 2** (wg **II** bzw. sicherer Kenntnis, → Rn. 14, des Schuldners von der Nichtabtretung der Forderung) nicht eingreifen kann (für den letzten Fall offen lassend BGH WM 1992, 738). Entgg der Lehre von der unwiderlegbaren Vermutung des **I 2** (→ Rn. 10), die dem Veräußerer jede Geltendmachung der Forderung *abschneidet* (Hausmann JR 1994, 133; s. a. Denkschrift 37), um ihn auf den Weg des **II** zu verweisen, reicht es für Zwecke des Schuldnerschutzes aus, dem Veräußerer die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass er trotz Unternehmensübergangs Gläubiger geblieben ist (Lieb JZ 1992, 1030; RWH/RiesRn. 35; aA Hübner Rn. 262). Weitergehende Wirkungen greifen ohne Grund in die Forderungszuständigkeit des Veräußerers ein (aA BGH WM 1992, 738).

- 16 **cc)** Im Verhältnis **Veräußerer – Erwerber** entfaltet **I 2** keine Wirkungen. Der Erwerber, an den der Schuldner aufgrund von **I 2** schuldbefreiend leistet, ist Nichtberechtigter iSv § 816 II BGB.
- 17 **dd)** Im Verhältnis zu den **Gläubigern** des Erwerbers u. Veräußerers hat **I 2** keine Bedeutung: In der Zwangsvollstreckung u. in der Insolvenz gehört die Forderung zum Vermögen des Veräußerers (Staub/Burgard Rn. 114; *Canaris* § 7 Rn. 64; aA *Schmidt* AcP 198, 531).
- 18 **c)** Hat der Veräußerer die Forderung wirksam an den Erwerber abgetreten, ist für **I 2** kein Raum. Bei Leistung an den Veräußerer ist ggf. § 407 I BGB anzuwenden; ausgenommen ist der Fall positiver Kenntnis der den Forderungsübergang begründenden Tatsachen. Kenntnis von der Übertragung des Geschäftsbetriebs reicht nicht (da nicht notwendig mit einer Abtretung verknüpft). Keinen Einfluss hat daher auch die Eintragung u. Bekanntmachung des Unternehmerwechsels nach § 15 II (*Canaris* § 7 Rn. 79; aA Staub/Hüffer⁴ Rn. 71 als Konsequenz der Fiktion).
- 19 **4. Ausschluss.** Die Wirkungen des **I 2** können (auch bzgl. nur einzelner Forderungen; EBJS/*Reuschle* Rn. 82) durch eine eigenständige **Vereinbarung** zwischen Veräußerer u. Erwerber **ausgeschlossen** werden (auch nachträglich; unabhängig vom Erwerbsgeschäft; auch ohne Haftungsausschluss; aA Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 22), sofern die Publizitätserfordernisse des **II** beachtet sind. Anmeldung der Vereinbarung beim Handelsregister bzw. Absendung der Mitteilung an den Dritten müssen nach hL **unverzüglich** im Anschluss an den Geschäftsübergang erfolgen (→ Rn. 8; BGH WM 1992, 738; *Schmidt* AcP 198, 530 – als Konsequenz der Legalzession; aA vom Zweck des **I 2** her zu Recht [aber zeitlich wohl zu weitgehend] OLG München DB 1992, 518; MüKoHGB/*Thiessen* Rn. 96; EBJS/*Reuschle* Rn. 85; Oetker/*Vössler* Rn. 52). Wird die Firma **ohne** Nachfolgesatz fortgeführt, liegt ein vom Veräußerer mitverursachter (Einwilligung in Firmenfortführung, → Rn. 11) Rechtsscheitattbestand (dahingehend, dass kein Inhaberwechsel stattgefunden hat) vor, der zu einer restriktiven Auslegung des **II** zwingt u. § 15 II 1 unanwendbar macht (*Canaris* § 7 Rn. 73; → § 15 Rn. 24). Von der Abbedingung der **Wirkungen** des **I 2** durch Vereinbarung zu unterscheiden ist iü die für den Veräußerer jederzeit bestehende Möglichkeit, dem Schuldner **positive** Kenntnis davon zu verschaffen (Folge: → Rn. 14), dass die Forderung(en) nicht abgetreten worden ist (sind) (von BGH WM 1992, 738 nicht entschieden). Dafür reicht eine bloße Mitteilung des Veräußerers (da bloße Behauptung) ebenso wenig aus wie die Erhebung einer Zahlungsklage. Vielmehr bedarf es der Kenntnisverschaffung bzgl. aller Tatsachen, die einen Forderungsübergang ausschließen.
- 20 **5. Weiterübertragung.** Für eine **Weiterübertragung** des Unternehmens gilt: **I 2** ggü. neuem Inhaber anw; auch für Forderungen, für die Schuldner gem. **I 2** befreiend leisten konnte (und auch weiterhin leisten kann).

§ 26 [Fristen bei Haftung nach § 25]

(1) ¹Ist der Erwerber des Handelsgeschäfts auf Grund der Fortführung der Firma oder auf Grund der in § 25 Abs. 3 bezeichneten Kundmachung