

GUTACHTEN

Dokumentnummer: 13200
letzte Aktualisierung: 13.4.2007

HGB §§ 25, 1 Abs. 2

Firmenfortführung einer Etablissementbezeichnung bei Haftung eines Nichtkaufmanns oder Kannkaufmanns

I. Sachverhalt

Der bisherige, nicht mit einer Firma im Handelsregister eingetragene Inhaber eines renommierten Gaststättenbetriebs kann seinen betrieblichen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommen. Seine Angehörigen wollen die bevorstehende Schließung abwenden und die Gaststätte in Form einer Personen(handels)gesellschaft selbst betreiben. Hierzu soll von ihnen nicht der bisherige überschuldete Betrieb fortgeführt werden, sondern die neuen Betreiber vereinbaren alle für den Betrieb erforderlichen Verträge neu (mit Vermieter, Brauerei, Personal etc.). Die neuen Betreiber wollen die Verwirklichung eines Haftungstatbestands (insbesondere § 25 Abs. 1 HGB, § 75 Abs. 1 AO) in der Person des neuen Unternehmensträgers vermeiden.

II. Fragen

1. Haftet der neue Betreiber einer Gaststätte schon dann nach § 25 Abs. 1 HGB für die Verbindlichkeiten des bisherigen Betreibers, wenn er die Gaststätte mit gleicher Etablissementbezeichnung, in den gleichen (angemieteten) Räumen, gleichem Personal, gleicher Einrichtung und gleichem Konzept wie der vormalige nicht im Handelsregister eingetragene, aber möglicherweise unter § 1 Abs. 1 HGB fallende Inhaber betreibt?
2. Wie kann ein Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB hinsichtlich der Verbindlichkeiten des vormaligen Gaststättenbetriebs im Handelsregister des neuen Betreibers eingetragen werden, wenn es zwischen altem und neuem Betreiber mangels Fortführung des bisherigen Handelsgeschäfts gar keine entsprechende Vereinbarung gibt?

III. Zur Rechtslage

1. Voraussetzungen der Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB

a) Normzweck

Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet gem. **§ 25 Abs. 1 S. 1 HGB** für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber gem. § 25 Abs. 2 HGB nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister einge-

tragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.

Ganz überwiegend wird der Schutz von Haftungserwartungen des Verkehrs als **Normzweck** von § 25 HGB angesehen (Canaris, Handelsrecht, § 7 Rn. 18; Staub/Hüffer, HGB, § 25 Rn. 27; Lieb, in: FS Börner, 1992, S. 747, 751). In diese Richtung deuten auch die Gesetzesmaterialien (vgl. dazu Ebenroth/Boujong/Joost/Zimmer/Scheffel, § 25 HGB Rn. 2). *Karsten Schmidt* (ZHR 1981, 2, 17; ders., Handelsrecht, § 8 I 3; zustimmend Bracker, BB 1997, 114) stellt demgegenüber auf die Sicherstellung der Haftungskontinuität im Fall der Einzelnachfolge im Unternehmen ab. Danach sollte der Erwartung, dass der jeweilige Inhaber Berechtigter und Verpflichteter ist mit § 25 HGB entgegengekommen werden. *Canaris* (Handelsrecht, § 7 Rn. 14) hält § 25 HGB für eine vollständig verfehlt Norm ohne jeden Gerechtigkeitsgehalt (ders. auch in FS Frotz, 1993, 11, 42). Dies begründet er insbesondere mit den widersinnigen Ergebnissen, die zu einer rein zufälligen Besserstellung der Altgläubiger und zu Haftungsfallen für den Erwerber führen.

Als **Rechtsgrund** sieht einerseits die Erklärungstheorie die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma eine haftungsbegründende Erklärung an die Öffentlichkeit an, für die bisherigen Geschäftsschulden haften zu wollen (vgl. insbesondere die Reichsgerichtsrechtsprechung siehe nur RGZ 164, 115, 121). Die Rechtsprechung des BGH (BGHZ 18, 248, 250 f.) erweiterte diesen Ansatz um den Aspekt des Rechts Scheins. Danach hat die oben genannte Erklärung eine Rechtsscheinswirkung, deren gesetzlicher Ausdruck § 25 HGB sein soll (Ebenroth/Boujong/Joost/Zimmer/Scheffel, a. a. O., § 25 Rn. 8). Dieser Ansatz wird häufig auch mit dem Gedanken der Vermögensübernahme kombiniert. Danach tritt die Haftung als notwendige Folge der Unternehmensübernahme ein, weil der Erwerber des Vermögens für die Schulden aufkommen soll.

Der **Normzweck** des § 25 HGB ist im Einzelnen umstritten. Letztlich steht hinter § 25 Abs. 1 S. 1 HGB wohl der Gedanke der Kontinuität des Unternehmens nach außen, die sich in der Fortführung des Handelsgeschäfts und der Firma erweist (so Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl. 2006, § 25 Rn. 1; vgl. auch Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 5. Aufl. 2005, § 25 Rn. 2).

b) Handelsgeschäft

Voraussetzung des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB ist zunächst das Vorliegen eines **Handelsgeschäfts**. Nach h. L. ist hiermit ein kaufmännisches Handelsgeschäft gemeint. Im Zeitpunkt des Erwerbs muss der Veräußerer also Kaufmann nach Maßgabe der §§ 1 ff. HGB sein oder ein Fall des Scheinkaufmannes nach § 5 HGB vorliegen (Baumbach/Hopt, § 25 HGB Rn. 2; Amon, in: Röhrich/Graf v. Westphalen, HGB, 2. Aufl. 2001, § 25 Rn. 2; Koller/Roth/Morck, § 25 Rn. 3). Beim Ist-Kaufmann nach § 1 Abs. 1 HGB kommt es auf die Eintragung des Veräußerers im Handelsregister für die Anwendung des § 25 HGB nicht an (Baumbach/Hopt, § 25 HGB Rn. 2).

Karsten Schmidt (Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 8 II 1a; ders., ZHR 145, 1981, 21) ist demgegenüber für eine analoge Anwendung des § 25 HGB auf alle Unternehmensträger also auch auf Nichtkaufleute. Staub/Hüffer (HGB, § 25 Rn. 85) hatte vor dem Handelsrechtsreformgesetz eine Mittelmeinung vertreten, wonach § 25 HGB auf Soll- und Minderkaufleute jedoch nicht auf Kannkaufleute angewandt werden sollte. Nach dem Handelsrechtsreformgesetz passt diese Differenzierung nicht mehr. R. Schmidt (Die

Rechtslage der Kleingewerbetreibenden nach dem Handelsrechtsreformgesetz, 2003, S. 241 ff.) will § 25 HGB auch für Kleingewerbetreibende anwenden, die eine Unternehmensbezeichnung fortführen und die Eintragungsmöglichkeit nach § 25 Abs. 2 HGB haben. Entgegen der h. M. soll es dabei genügen, wenn erst der Erwerber zum Kaufmann wird. Der Kleingewerbetreibende würde im Hinblick auf § 25 II HGB nach dieser Ansicht zur Eintragung im Handelsregister gezwungen.

c) Firmenführung durch den bisherigen Inhaber

Weitere Voraussetzung des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB ist, dass der Veräußerer eine **Firma** führt, welche der Erwerber fortführen kann. Dabei kommt es nicht auf ihre ordnungsgemäße Bildung an (BGHZ 22, 234, 237). Voraussetzung ist jedoch, dass die gewählte Bezeichnung von irgendeinem Kaufmann als Firma geführt werden könnte. Auch die Eintragung der Firma im Handelsregister ist nicht erforderlich (BGH NJW 1982, 577 = WM 1981, 1255; Amon, § 25 HGB Rn. 4; Roth, § 25 BGB Rn. 3). Auch hier schlägt sich wieder der oben dargestellte Meinungsstreit nieder, da ein Nichtkaufmann keine Firma führt.

d) Erwerb des Handelsgeschäfts unter Lebenden

§ 25 Abs. 1 S. 1 HGB setzt ferner den **Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Lebenden** voraus. Hierfür genügt jeder Übergang der Unternehmensträgerschaft. Es muss sich aber um einen derivativen Erwerb handeln (insbesondere: Kauf, Tausch, Schenkung, Treuhand- und Auseinandersetzungsvertrag). Der Erwerber muss die für § 25 Abs. 1 S. 1 HGB notwendige nach außen dokumentierte **Kontinuität** durch Fortführung des Unternehmens und der Firma verwirklichen. Hierfür ist anerkanntermaßen nicht die Übertragung des **Unternehmens als Ganzes** erforderlich, sondern nur die Übertragung der für die Fortführung des Geschäftsbetriebs notwendigen Teile, also den Schwerpunkt des Unternehmens bildenden **wesentlichen Bestand** (BGH BB 1992, 87 = DNotZ 1992, 581 = MittBayNot 1992, 208 = NJW 1992, 911; OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, 45; Roth, § 25 HGB Rn. 5; Amon, § 25 HGB Rn. 7; MünchKomm/Lieb, HGB, 2. Aufl. 2005, § 25 Rn. 38).

Das OLG Köln (Urt. v. 21.4.2004, DStR 2005, 622 = MDR 2004, 1125 = OLG-Report Köln 2004, 267) hat jüngst hierzu sehr klar folgendermaßen Stellung genommen:

„Dafür [das Fortführen des Handelsgeschäfts] ist zwar nicht erforderlich, dass das Geschäft in seinen sämtlichen Teilen übernommen wird. Die Rechtsfolge des § 25 Abs. 1 HGB greift aber nur dann ein, wenn der den Schwerpunkt des Unternehmens bildende wesentliche Kern desselben übernommen wird, so dass sich der nach Außen für den Rechtsverkehr in Erscheinung tretende Tatbestand als Weiterführung des Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand darstellt (vgl. BGHZ 18, 248, 250; BGH NJW 1992, 911; Baumbach/Hopt, HGB, 31. Aufl., § 25 Rn. 6 m. w. N.). Ob das Unternehmen in seinem Kern übernommen worden ist, richtet sich im Wesentlichen nach folgenden Kriterien: Übernahme von Personal, Betriebsräumen oder –gegenständen, Übernahme von Warenbeständen, Eintritt in Aufträge und bestehende Kunden- und Lieferantenverträge, Übereinstimmung im Unternehmensgegenstand (vgl. BGH NJW 1992, 911; BGH NJW 1986, 581; OLG Celle MDR 1994, 263, 264; OLG Düsseldorf

NJW-RR 1993, 45; OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 332; OLG München BB 1996, 1682, 1683; Zimmer/Scheffel, in: Ebenroth/Boujong/Jost, HGB, § 25 Rn. 46; Koller/Roth/Morck, HGB, 4. Aufl. § 25 Rn. 5). Der Umstand, dass dieselbe Adresse oder dieselbe Telefon- und Telefaxnummer verwandt wird, ist für sich betrachtet ebenso wenig wie die Weiterverwendung der Büroräume ein ausreichendes Indiz für die Fortführung des Unternehmens (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1995, 734, 735; OLG Celle MDR 1994, 263, 264).“

Auch das KG (Urt. v. 23.7.2004, KG Report Berlin 2005, 47) hat jüngst entschieden, dass die Haftung aus § 25 HGB eingreifen kann, wenn eine übernehmende Gesellschaft neben der Fortführung des Firmenkerns ein einheitliches Unternehmen faktisch insgesamt weiter betreibt, möge auch die juristische Person des bisherigen Unternehmensträgers noch fortbestehen. Dabei führt es zur Begründung aus:

„Denn für den vom Gesetz geforderten „Erwerb“ eines Handelsgeschäftes genügt jeder Übergang der tatsächlichen Unternehmensträgerschaft vom Kern des bislang betriebenen und fortgesetzten Unternehmens, wobei der Rechtsgrund des Erwerbs und seine Wirksamkeit unerheblich ist (Röhrich/Graf v. Westphalen, HGB, 2. Aufl. 2001, § 25 HGB Rn. 6, 9). Entscheidend für den Haftungstatbestand des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB ist allein die durch die Firmenfortführung nach Außen dokumentierte Kontinuität des in seinem wesentlichen Bestand fortgeführten Unternehmens, nicht das interne Vertragsverhältnis, das sogar ganz fehlen kann (BGH NJW 1992, 911, 912; OLG Frankfurt v. 21.5.2001, OLG-Report Frankfurt 2001, 224, 225).“

Der BGH hat diese Grundsätze mit Urteil v. 28.11.2005 (DNotI-Report 2006, 42 = DNotZ 2006, 629 m. Anm. Kanzleiter = DNotZ 2006, 590 = DB 2006, 444 = NJW 2006, 1102 = Rpfleger 2006, 196 = ZIP 2006, 367) wiederum bestätigt:

„Von Unternehmensfortführung geht der maßgebliche Verkehr aus, wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt wird, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden – und Lieferantenbezeichnungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden (vgl. BGH NJW 1984, 1186, 1187; BGH ZIP 1992, 398, 399; BGH NJW 1986, 581; OLG München BB 1996, 1682, 1683; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 965). Dabei kommt es nur auf die bloße Tatsache der Geschäftsführung an, nicht hingegen darauf, ob ihr ein rechtsgeschäftlicher, derivativer Erwerb zugrunde liegt (BGH ZIP 1992, 398, 399 m. w. N.; BGH NJW 1986, 581).“

e) Fortführung unter der bisherigen Firma

§ 25 Abs. 1 HGB beinhaltet als Voraussetzung für die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäftes für die Altverbindlichkeiten, dass er dieses **„unter der bisherigen Firma“** mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes

fortführt“. Wann eine haftungsbegründende Firmenfortführung vorliegt, entscheidet sich nach dem Normzweck und dem Rechtsgrund der Haftung. Diese sind aber auch heute noch streitig (vgl. dazu ausführlich Ebenroth/Boujong/Joost/Zimmer/Scheffel, HGB, 2001, § 25 Rn. 1 ff.; siehe bereits oben 1a).

Trotz erheblicher Unterschiede in der dogmatischen Fundierung des § 25 HGB ist sich die Literatur und Rechtsprechung einig, dass **nicht nur bei unveränderter Fortführung** der alten Firma eine Haftung nach § 25 HGB in Frage kommt. Sogar nach § 22 HGB (Berechtigung zur Firmenfortführung) unzulässige Änderungen können nach herrschender Meinung eine Haftung nach § 25 HGB unberührt lassen (Ebenroth/Boujong/Joost/Zimmer/Scheffel, a. a. O., § 25 Rn. 52; LG Berlin, ZIP 1993, 1478; Staub/Hüffer, HGB, § 25 Rn. 47; MünchKomm-HGB/Lieb, § 25 Rn. 65; a. A. Wessel, BB 1989, 1625, 1626). Die Praxis lässt Identitätsmerkmale ausreichen und verlangt keine Firmengleichheit (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 8 II 1c), S. 243).

Die **Fortführung der Firma** verlangt also keine wort- und buchstabengetreue Übereinstimmung von alter und neuer Firma. Entscheidend ist, ob der Verkehr die neue Firma noch mit der alten identifiziert (BGH NJW 1992, 912). Dies setzt voraus, dass die Firma zumindest **im Kern** unverändert übernommen wird (BGH NJW 1986, 582; NJW 1992, 912). Allgemein werden daher Änderungen im Firmenbild dann für unschädlich erachtet, wenn trotzdem die Firmenkontinuität gewahrt bleibt und der Verkehr eine ausreichend tragfähige Verbindungslinie zum Unternehmen des Veräußerers herstellt. Insbesondere stehen ein Nachfolgezusatz sowie die Angabe einer neuen Rechtsform der Annahme einer Firmenfortführung nicht notwendig entgegen (Baumbach/Hopt, § 25 Rn. 7; Roth, § 25 HGB Rn. 6).

Bei der Frage, ob eine Firma fortgeführt wird, kommt dem **Familiennamen** als Firmenkern von Personenfirma eine entscheidende Bedeutung zu (Ebenroth/Boujong/Joost/Zimmer/Scheffel, § 25 HGB Rn. 55). Die Rechtsprechung geht auch bei Beifügung einer Tätigkeitsbezeichnung jedenfalls dann von einer Firmenfortführung aus, wenn das Unternehmen auch schon vorher nach der Verkehrsauffassung mit der genannten Tätigkeit befasst war (BGH NJW 1982, 577, 578 = WM 1981, 1255; OLG Bremen NJW-RR 1989, 423, 424 = ZIP 1988, 1396). Die Beifügung des Geschäftszweigs soll dann gegenüber dem maßgeblichen Familiennamen nur untergeordnete Bedeutung zukommen. Entsprechend wird auch das Weglassen einer Geschäftszweigbezeichnung beurteilt (BGH NJW 1983, 2448 = ZIP 1983, 858; a. A. insofern OLG Frankfurt NJW 1980, 1397, 1398: „AK Baumaschinen Export Import“ zu „K Baumaschinen-GmbH“).

Schon mit Urt. v. 4.11.1991 (NJW 1992, 911 ff.) hat der BGH entschieden, dass eine Firmenfortführung i. S. d. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB schon dann vorliegt, wenn der Verkehr die neue Firma trotz vorgenommener Änderungen noch mit der alten identifiziert. Mit Urt. v. 12.2.2001 bleibt er dieser Linie treu, in dem er feststellt, dass das Tatbestandsmerkmal die Fortführung der bisherigen Firma nicht voraussetzt, dass die verwendete Bezeichnung eine nach §§ 17 ff. HGB a. F. zulässige Firma ist. Entscheidend sei, dass der **prägende Teil der alten Firma**, mit dem der Verkehr das Unternehmen gleichsetzt, **weitergeführt werde**. Jüngst hat der BGH mit Urt. v. 15.3.2004 (MDR 2004, 949) nochmals bestätigt, dass nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH die Frage, ob eine Firmenfortführung vorliegt, aus der Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise zu beantworten sei. Für diese sei allein entscheidend, dass die unter dem bisherigen Geschäftsinhaber tatsächlich geführte und von dem Erwerber weitergeführte Firma eine derart prägende Kraft besitze, dass der Verkehr sie mit dem Unternehmen gleichsetzt

und in dem Verhalten des Erwerbers eine Fortführung der bisherigen Firma sehe. Dass die alte Firma nicht unverändert fortgeführt wird, sei unerheblich, sofern der prägende Teil der alten in der neuen Firma beinhaltet sei und deswegen die mit dem jeweiligen Unternehmen im geschäftlichen Kontakt stehenden Kreise des Rechtsverkehrs die neue Firma noch mit der alten identifizieren.

Auch das OLG Köln (Urt. v. 11.12.2001, OLG-Report 2002, 144) stellt bei der Frage, ob die bisherige Firma fortgeführt wird, nicht auf eine wort- und buchstabengetreue Übereinstimmung zwischen alter und neuer Firma ab, sondern darauf, ob ihre prägenden Bestandteile für den Rechtsverkehr gleich seien. Das Hinzufügen oder Weglassen eines auf eine Gesellschaft hindeutenden Zusatzes sei ohne Belang. Gleichmaßen hat das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 24.5.2004, NZG 2005, 176) festgestellt, dass die Fortführung der Firma nicht zwingend deren wortgetreue Übernahme bedeute. Entscheidend sei, ob der Handelverkehr trotz erkennbarer Änderungen der Firma von der Kontinuität des Unternehmens ausgehen dürfe.

Der BGH hat in seinem neuesten Urteil vom 28.11.2005 (DNotI-Report 2006, 42 = DNotZ 2006, 629 m. Anm. Kanzleiter = DNotZ 2006, 590 = DB 2006, 444 = NJW 2006, 1102 = Rpfleger 2006, 196 = ZIP 2006, 367) diese Grundsätze nochmals bestätigt:

„Aus der – maßgebenden – Sicht der beteiligten Verkehrskreise ist eine Firmenfortführung anzunehmen, wenn die von dem bisherigen Geschäftsinhaber tatsächlich geführte und von dem Erwerber weitergeführte Firma eine derart prägende Kraft besitzt, dass der Verkehr sie mit dem Unternehmen gleichsetzt und in dem Verhalten des Erwerbers eine Fortführung der bisherigen Firma sieht (BGH ZIP 2004, 1103, 1104 m. w. N.). Dabei kommt es nicht darauf an, dass die alte Firma unverändert fortgeführt wird; es genügt, dass der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird (BGH ZIP 2004, 1103).“

2. Eintragung des Haftungsausschlusses

a) Haftungsmöglichkeit genügt für Eintragung

Auch wenn eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB noch zweifelhaft wäre, ist das Handelsregister zur Eintragung einer entsprechenden Haftungsbeschränkung nach § 25 Abs. 2 HGB verpflichtet, wenn nur eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB ernsthaft in Betracht kommt (Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl. 2006, § 25 Rn. 14; OLG Hamm, Beschl. v. 13.8.1991, NJW-RR 1994, 1119; OLG Hamm DB 1998, 2591). Ernsthaft in Betracht gezogen werden muss u. E. im vorliegenden Fall eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB jedenfalls.

Das Anliegen eines Anmeldens ist berechtigt, um zu verhindern, dass das Registergericht einerseits die Eintragungsfähigkeit des Haftungsausschlusses verneint, andererseits das Prozessgericht auf Klage eines Gläubigers die Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB bejaht. Eine sachgerechte Gesetzesanwendung muss deshalb bestrebt sein, ein solches Ergebnis im Interesse der Beteiligten zu vermeiden. Das Registergericht hat die Eintragung deshalb schon dann vorzunehmen, wenn sich anhand der von der Rechtsprechung entwickelten

Beurteilungskriterien ergibt, dass die Möglichkeit der Bejahung der Haftungsvoraussetzungen zumindest ernsthaft in Betracht komme (OLG Hamm NJW-RR 1994, 1119).

b) Zeitnahe Eintragung

Die Eintragung und Bekanntmachung der Haftungsbeschränkung im Sinne des § 25 Abs. 2 HGB müssen grundsätzlich mit der Übernahme zusammenfallen (Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl. 2006, § 25 Rn. 15). Es reicht allerdings auch, wenn unverzüglich nach Geschäftsübernahme angemeldet wird und wenn Eintragung und Bekanntmachung sodann in „kurzem“ angemessenem Zeitabstand folgen (BGH WM 1992, 736 = BB 1992, 804 = NJW-RR 1992, 866; BGH DNotZ 1984, 580 = NJW 1984, 1186 = MittBayNot 1984, 93). Andernfalls wäre der Haftungsausschluss unwirksam. Grundsätzlich kann man keine starre Frist angeben, die in allen Fällen angemessen ist (offen insofern auch BayObLG WM 1984, 1534 zu § 28 Abs. 2 HGB). Nicht mehr alsbald ist z. B. die Eintragung nach sechs oder zehn Wochen (RGZ 75, 140, HRR 32, 256). Anders hat für eine durch Beschwerde erzwungene Eintragung noch nach fünf Monaten das OLG Hamm (DB 1998, 2590 = DNotI-Report 1999, 98 = NJW-RR 1999, 396 = Rpfleger 1999, 167) entschieden, da dann die Verzögerung unverschuldet war. Zwar muss das Registergericht in der Regel die Rechtzeitigkeit des Antrags auf Eintragung des Haftungsausschlusses nicht prüfen (KGJ 33, A 127). Bei offensichtlich verspätetem Antrag muss es die Eintragung allerdings ablehnen (OLG Frankfurt BB 1977, 1571; BayObLG WM 1984, 1535; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1120 = RNotZ 2003, 459 = Rpfleger 2003, 664 = ZNotP 2004, 32: bei fünf Monaten; OLG München DNotI-Report 2007, 69 = DM 2007, 680 = RNotZ 226 = Rpfleger 2007, 328). Dies gilt allerdings nur, wenn ein nach außen wirksamer Haftungsausschluss offensichtlich nicht mehr herbeigeführt werden kann (BayObLG NJW-RR 2003, 757).

3. Anwendung auf den vorliegenden Fall

a) Kaufmannseigenschaft

Im hier vorliegenden Fall ist es nicht geklärt, ob der bisherige Betreiber und der neue Betreiber der Gaststätte Istkaufmann, Kannkaufmann oder Nichtkaufmann ist. Liegt Istkaufmannseigenschaft nach § 1 Abs. 2 HGB vor, ist § 25 HGB nach ganz h. M. auch ohne Eintragung im Handelsregister anwendbar. Liegt Kannkaufmannseigenschaft vor, plädiert Schmitt (a. a. O., S. 241 ff.) für die Anwendung des § 25 HGB. Bei Nichtkaufmannseigenschaft will nur Karsten Schmidt (a. a. O.) § 25 HGB analog anwenden.

b) Übernahme eines Handelsgeschäfts

Die Tatsache, dass hier die Verträge mit Lieferanten, Personal und Vermieter neu abgeschlossen werden, hindert u. E. nach dem oben Gesagten nicht die Annahme des Erwerbs und der Fortführung eines Handelsgeschäfts. Denn entscheidend ist nicht die rechtsgeschäftliche Grundlage, sondern der Eindruck der Verkehrskreise. Für diese stellt sich der Sachverhalt u. E. aber als Erwerb und Fortführung des Handelsgeschäfts dar.

c) Fortführung einer Etablissementbezeichnung

Fraglich ist im hier vorliegenden Fall noch die Anwendung des § 25 auf die **Fortführung einer reinen Etablissementbezeichnung bzw. Geschäftsbezeichnung.**

Auf bloße **Geschäftsbezeichnungen** eines Nichtkaufmannes oder eines Kaufmannes, die er neben seiner Firma aber nicht firmenmäßig führt, wird § 25 HGB nach h. M. nicht angewendet (vgl. nur Ebenroth/Boujong/Joost/Zimmer/Scheffel, § 25 HGB Rn. 47 m. w. N. in Fn. 159; LG Bonn Urt. v. 16.9.2005, NJW-RR 2005, 1559). Bei der Frage, ob eine Geschäftsbezeichnung in unzulässiger Weise als Firma gebraucht wird, stellt die neuere Lehre nach dem HRefG 1998 zur Unterscheidung vorrangig darauf ab, ob bei dem im Rechtsverkehr verwendeten „Namen“ ein für alle Kaufleute nach § 19 HGB derzeit zwingender Rechtsformzusatz angefügt ist oder nicht (vgl. dazu Heidinger, in: MünchKomm-HGB, 2. Aufl. 2005, § 17 Rn. 17; LG Bonn Urt. v. 16.9.2005, NJW-RR 2005, 1559; etwas schwächer Koller/Roth/Morck, HGB, 5. Aufl. 2005, § 17 Rn. 7: nur Indiz für firmenmäßigen Gebrauch).

Im hier vorliegenden Fall handelt es sich weder um einen nichtkaufmännischen Kleingewerbetreibenden noch um einen Kaufmann, der die Geschäftsbezeichnung neben seiner eigentliche Firma mit dem obligatorischen Rechtsformzusatz „eK“ verwendet. Vielmehr war die Etablissementbezeichnung der einzige Name des einzelkaufmännischen Unternehmens, unter dem es bisher im Rechtsverkehr aufgetreten ist. Der Rechtsformzusatz „eK“ fehlte eventuell nur deshalb, weil bisher eine an sich verpflichtende Eintragung im Handelsregister unterblieben war. Dies kann aber u. E. nicht die Anwendung des § 25 HGB auf diesen Fall verhindern, wenn der nichteingetragene Kaufmann seine Geschäftsbezeichnung im Rechtsverkehr bisher tatsächlich wie eine Firma verwendet hatte. Ansonsten hätte es der Istkaufmann nach § 1 Abs. 2 HGB selbst in der Hand, ob Kaufmannsrecht, insbesondere § 25 HGB auf ihn anwendbar ist, nur dadurch, dass er sich entgegen seine gesetzliche Verpflichtung nicht im Handelsregister zur Eintragung anmeldet und den gesetzlichen, in § 19 HGB vorgeschrieben Rechtsformzusatz „eK“ weglässt.

Fraglich erscheint es, ob auch die Fortführung **als Etablissementbezeichnung** unter § 25 HGB fällt (ablehnend z. B. OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 965). Auch hier ist anerkannt, dass es für die Firmenfortführung im Sinne des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB auf das Auftreten des Erwerbers am Markt ankommt, nicht aber auf die Erklärung an das Registergericht oder Finanzamt oder die Gewerbeanmeldung (OLG Düsseldorf NZG 2005, 176; OLG Hamm NJW-RR 1997, 734; Baumbach/Hopt, § 25 HGB Rn. 7; Zimmer/Scheffel, § 25 HGB Rn. 48). Entscheidend ist, dass der Rechtsverkehr dem Verhalten des Erwerbers entnehmen muss, es handle sich um die von ihm gewählte Firma (RGZ 143, 368, 371).

Auch wenn vom Erwerber der übernommene Firmenkern nur noch als Etablissementbezeichnung verwendet wird, kann dies im Einzelfall die Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB begründen (OLG Düsseldorf GmbHGR 1991, 315; Zimmer/Scheffel, § 25 HGB Rn. 47; MünchKomm-Lieb, § 25 Rn. 64). Im Fall des OLG Düsseldorf betrieb der Veräußerer eine Gaststätte „A.“ unter der ordnungsgemäßen Firma „A.-GmbH“. Der Erwerber – wohl ein Einzelkaufmann – führte die Gaststätte unter ihrer Bezeichnung „A“ weiter. Das OLG Düsseldorf hielt dies für ausreichend, obwohl „A“ als bloße Etablissementbezeichnung anzusehen sei. Indes kann u. E. in derartigen Fällen die bloß fortgeführte Gaststättenbezeichnung allein die Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB nicht begründen. Denn § 25 Abs. 1 HGB stellt nicht auf die Kontinuität einer Geschäftsbezeichnung ab, sondern auf die der Firma. Für eine „Firmenfortführung“ muss daher – wie gesagt – noch hinzukommen, dass aus Sicht des Rechtsverkehrs die verwendete Bezeichnung „als Firma“ verwendet wird (MünchKomm-Lieb, § 25 Rn.

64). Denn dann hat der Erwerber die Bezeichnung zu (einem Teil) seiner Firma gemacht und muss sich daran festhalten lassen (MünchKomm-Lieb, § 25 Rn. 64).

4. Ergebnis

Im Ergebnis erscheint uns die Rechtslage im hier vorliegenden Fall unsicher. Wenn der neue Betreiber der Gaststätte mit einer neuen völlig abweichenden Firma auftritt und die bisherige Etablissementbezeichnung der Gaststätte nicht firmenmäßig verwendet wird, dürfte im Ergebnis keine Gefahr der Haftung nach § 25 HGB gegeben sein.

Eine Eintragung nach § 25 Abs. 2 HGB ist nach dem oben Gesagten nur möglich, wenn der neue Betreiber zumindest Kannkaufmann ist und damit im Handelsregister eintragungsfähig. Der Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB muss eingetragen werden, wenn nur ernsthaft in Betracht gezogen werden muss, dass eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB gegeben ist. Eine entsprechende Vereinbarung kann u. E. auch losgelöst von einem klassischen Unternehmenskaufvertrag zwischen dem bisherigen Betreiber und dem neuen Betreiber geschlossen werden.