

Entscheidungsanmerkung

Eintragung eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB im Handelsregister

1. Der Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB ist im Handelsregister eintragungsfähig, wenn es nicht offensichtlich ist, dass eine Haftung des Nachfolgers nicht in Betracht kommen kann.

2. Bei der Geschäfts- und Firmenfortführung ist aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs die tatsächliche Fortführung entscheidend.

3. Der Erwerb vom Insolvenzverwalter wird zwar nicht als solcher im Sinne des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB angesehen. Werden jedoch nur einzelne Gegenstände vom Insolvenzverwalter erworben, steht dies der Annahme eines Erwerbs im Sinne von § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht entgegen. (Amtliche Leitsätze)

HGB §§ 22, 25; FamFG §§ 374 Nr. 1, 382, 58 f.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 23.3.2010– 8 W 139/10 (AG Ulm)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Der Beschluss behandelt Kernprobleme des Handelsrechts, nämlich die Haftung bei Firmenfortführung, wie es meist kurz heißt. Dabei handelt es sich, vereinfacht ausgedrückt, um die Übernahme des Unternehmens von einem Unternehmensträger durch einen anderen, die unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen zur Haftung des Übernehmenden führen kann. Diese Übernehmerhaftung wird in der Entscheidung eher aus dem Blickwinkel ihrer Vermeidung, nämlich durch eine ins Handelsregister einzutragende haftungsbeschränkende Vereinbarung, betrachtet. In der ersten juristischen Prüfung kann diese Haftung sowohl im staatlichen Teil – die Grundlagen des Firmenrechts gehören zum Pflichtfachstoff – als auch im unternehmensrechtlichen universitären Schwerpunktbereich begegnen. Darauf hinaus kann man sich anhand des Beschlusses die unterschiedlichen Kategorisierungen der Tatsachen, die möglicherweise im Handelsregister veröffentlicht werden (müssen) und die Wirkungen der Eintragung in Erinnerung rufen. Die verfahrensrechtliche Komponente der Entscheidung wird eher im Referendariat von Interesse sein.

2. Der Sachverhalt der Entscheidung ist rasch referiert: Bei der Neuanmeldung einer A-GmbH wurde vom Notar am 25.9.2009 vorsorglich ein Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB angemeldet mit der Begründung, die A-GmbH übernehme „möglicherweise [...] einzelne Vermögensgegenstände“ der bisherigen M-GmbH, die sich in der Insolvenz befand. Das Registergericht beanstandete die Anmeldung, da die Voraussetzungen der Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB nicht erkennbar seien, woraufhin die Anmeldung des Haftungsausschlusses zurückgenommen wurde. Am 19.1.2010 wurde erneut ein Haftungsausschluss angemeldet

mit einer ganz ähnlichen Begründung: Die A-GmbH übernehme „teilweise bewegliche Gegenstände von dem Insolvenzverwalter der M-GmbH“ und sie werde in denselben Räumen betrieben, die zuvor die M-GmbH innehatte. Wiederum beanstandete das Registergericht die Eintragung, wogegen sich nunmehr die anmeldende Gesellschaft zur Wehr setzte und vor dem OLG Stuttgart Recht bekam.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Bevor auf die Entscheidung eingegangen wird, soll der rechtliche Rahmen kurz skizziert werden:

a) Die Firma ist bekanntlich der Name des Kaufmanns im Handelsverkehr, § 17 HGB. Mehr als nur Teil der „Identitätsausstattung“,² stellt die Firma oft einen wesentlichen Wert dar, denn die Kunden verbinden mit ihr das Unternehmen und die von ihm vertriebenen Waren oder Dienstleistungen. Die Firma grenzt den Kaufmann auch von anderen Kaufleuten ab. Daher stellt das Recht sog. Firmengrundsätze auf, zu denen insbes. der Grundsatz der Firmenwahrheit gehört: Es darf u.a. nicht über den Inhaber der Firma getäuscht werden.³ Da aber eine am Markt eingeführte Firma von erheblichem Wert für den Unternehmer ist, gibt es Durchbrechungen dieses Grundsatzes, insbes. in § 22 HGB. Danach kann die ursprüngliche Firma fortgeführt werden, obwohl die Identität des Inhabers sich ändert, insbesondere wenn das Unternehmen übertragen wird und der Erwerber sich die mit der eingeführten Firma verbundenen Marktchancen sichern will. Diese Inhaberänderung kann durch Erwerb unter Lebenden oder von Todes wegen eintreten. Im ersten Fall kommt die Haftung des Erwerbers für die im Unternehmen des Veräußerers entstandenen Verbindlichkeiten nach § 25 HGB in Betracht, im zweiten Fall ergeben sich die Haftungsfolgen aus dem Erbrecht mit den Modifikationen aus § 27 HGB.

b) Das Handelsregister ist ein von den Amtsgerichten geführtes Register, in das bestimmte, für den Handelsverkehr bedeutsame Informationen über Kaufleute eingetragen und bekannt gemacht werden. Dabei ist der Kreis der Tatsachen aber nicht beliebig. Man unterscheidet zwischen eintragungsfähigen und nicht eintragungsfähigen Tatsachen. So ist etwa der Umstand, dass in einer oHG die Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag Einlagen zu leisten haben, keine eintragungsfähige Tatsache, denn angesichts der unbeschränkten persönlichen Haftung der Gesellschafter kommt es auf eine Einlageleistung für den Rechtsverkehr nicht entscheidend an. Umgekehrt werden aber wegen dieser persönlichen Haftung auch die Gesellschafter der oHG eingetragen, während die Gesellschafter der GmbH nicht eingetragen werden, mögen sie dem Register auch in der Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) mitgeteilt werden. Bei den eintragungsfähigen Tatsachen werden die eintragungspflichtigen von den nicht eintragungspflichtigen Tatsachen unterschieden: Nach § 29 HGB muss etwa jeder Kaufmann seine Firma zum Handelsregister anmelden (also: eintragungspflichtige Tatsache),

² Dazu ausführlich John, Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 92 ff.

³ Vgl. K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 12 III 1. b) bb), S. 363.

¹ NZG 2010, 628. Die Entscheidung ist auch bei juris nachzulesen und wird nach den dortigen Randnummern zitiert.

wozu er ggf. mit Registerzwang anzuhalten ist, § 14 HGB. Dagegen ist etwa der im Beschluss des OLG Stuttgart im Blickpunkt stehende Haftungsausschluss keine eintragungspflichtige Tatsache. Allerdings wirkt der Haftungsausschluss nur, wenn er eingetragen ist, so dass der Erwerber jedenfalls gut daran tut, für die Eintragung zu sorgen. Nach den Wirkungen der Eintragung wird wiederum zwischen der konstitutiven und der deklaratorischen Eintragung unterschieden. Beispiel für das erste ist die auf § 2 HGB beruhende Eintragung des Gewerbetreibenden, der noch kein Kaufmann kraft Gewerbebetriebs nach § 1 HGB ist, sondern erst durch die Eintragung zum Kaufmann wird. Beispiel für die deklaratorische Eintragung ist etwa diejenige des Prokuristen, dessen Bestellung unmittelbar wirksam ist und daher im Handelsregister nur noch verlautbart werden muss (§ 53 HGB).

2. Das OLG hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB eingetragen werden musste. Vorfrage dazu ist, ob denn überhaupt ein Fall von § 25 Abs. 1 S. 1 HGB vorliegt, denn einen Haftungsausschluss kann und muss man nur vereinbaren und vor allem verlautbaren, wenn eine Haftung in Betracht kommt. Die Voraussetzungen der Erwerberhaftung nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB, dessen Ratio heftig umstritten und dessen rechtspolitische Berechtigung teils ebenso deutlich in Zweifel gezogen wird,⁴ sind: Handelsgeschäft⁵ des Veräußerers, welches zur Zeit der Übertragung noch betrieben wird; der Erwerber führt das Unternehmen und die Firma jedenfalls im Kern (mit oder ohne Nachfolgezusatz) fort⁶ und schließlich beruht der Erwerb auf einem Rechtsgeschäft unter Lebenden. Sind diese Voraussetzungen gegeben, erfolgt ein gesetzlicher Schuldbeitritt, so dass zunächst (in den zeitlichen Grenzen des § 26 HGB) der bisherige Inhaber und der neue für die im Handelsgeschäft des ersten entstandenen Verbindlichkeiten als Gesamtschuldner haften. Die Erwerberhaftung kann man also entweder dadurch vermeiden, dass man auf der Tatbestandsebene eingreift und etwa die Firma oder das Unternehmen nicht im Kern fortführt, was man aber in der Regel gerade doch will, um die vorhandenen Geschäftschancen zu nutzen. Oder man vereinbart eben einen Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB, den man dann aber unverzüglich zur Eintragung ins Register anmelden muss.⁷ Hier hatte das OLG die

Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB immerhin als möglich angesehen. Das entspricht der Tendenz in der Rechtsprechung, eher einen Haftungsausschluss einzutragen als die Eintragung zu verweigern und so den Erwerber der Gefahr auszusetzen, dass ein Prozessgericht entgegen der Ansicht des Registergerichts doch einen Fall nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB annimmt.⁸ In der registergerichtlichen Rechtsprechung hat sich die Formel eingebürgert, dass der Haftungsausschluss einzutragen ist, wenn eine Haftung ernstlich in Betracht kommt, oder umgekehrt formuliert: Ein Haftungsausschluss kann dann nicht eingetragen werden, wenn eine Haftung eindeutig und zweifelsfrei ausscheidet.⁹ Bei aller Sympathie für den grundsätzlichen Standpunkt erscheint das Ergebnis des OLG unter vier Gesichtspunkten nachdenkenswert:

a) Die Haftung setzt nicht unbedingt voraus, dass das Unternehmen als Ganzes übernommen wird. Es reicht, ist aber auch erforderlich, dass ein Betriebsteil übernommen wird, der nach den „gesamten für den Rechtsverkehr in Erscheinung tretenden Umständen [...] den – den Schwerpunkt des Unternehmens bildenden – wesentlichen Kernbereich“ darstellt.¹⁰ Nach dem im Beschluss mitgeteilten Sachverhalt wurden aber nur einzelne Einrichtungsgegenstände erworben. Hier dürfte kaum ernstlich eine Haftung in Betracht kommen. Auch der in der zweiten Anmeldung erwähnte Umstand, dass die A-GmbH in denselben Räumen betrieben wird wie die in Insolvenz geratene Gesellschaft, erscheint für sich betrachtet kein hinreichender Grund für eine Haftung zu sein. Soweit das OLG unter Verweis auf *Baumbach/Hopt*¹¹ den gegenteiligen Standpunkt einnimmt, überzeugt das nicht, wird auch durch die Fundstelle nicht getragen. Denn dort sind – zu Recht – immer auch noch weitere „assets“ genannt, die übernommen wurden. Wollte man etwa die schlichte Nachmietung von Geschäftsräumen als potentiell haftungsbegründend ansehen, wäre das jedenfalls für die Vermieter eine nicht hinnehmbare Einschränkung ihrer Dispositionsfreiheit. Denn sie müssten einen zeitlich ins Gewicht fallenden Leerstand hinnehmen, der den Wert einer Geschäftimmobilie schon bald verwässern würde.

b) Eine Firmenfortführung hat nicht stattgefunden, denn hier war die Firma gewechselt worden (nicht mehr A-GmbH, sondern M-GmbH), ohne dass erkennbar wäre, dass auch nur ansatzweise Ähnlichkeit bestünde. Hier wird das OLG aber einwenden: Immerhin ist das Erfordernis der Firmenfortführung, wiewohl im Gesetzeswortlaut verankert, strittig,¹² und es ist daher immerhin denkbar, dass die Rechtsprechung den Standpunkt der Literaturstimmen übernimmt.

⁴ Siehe zum Ganzen *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 Rn. 6 ff., der zu Rn. 16 meint, § 25 sei eine „systemfremde Norm ohne auch nur annähernd einleuchtenden Gerechtigkeitsgehalt.“ Siehe auch *K. Schmidt* (Fn. 3), § 8 I 2 und 3, S. 215 ff.

⁵ Auch das ist umstritten, zum Teil wird jedes Unternehmen für ausreichend gehalten, insbes. *K. Schmidt* (Fn. 3), § 8 II 1, S. 240.

⁶ Strittig insofern, als es um die Fortführung der Firma geht, *K. Schmidt* (Fn. 3), § 8 II 1 c), S. 243 ff., der die Firmenfortführung für die Haftung nicht als unverzichtbare Voraussetzung ansieht.

⁷ Das Unverzüglichkeitserfordernis ergibt sich nicht aus dem Wortlaut, sondern daraus, dass der Erwerber durch Verzögerung der Eintragung die Haftungssituation nicht in der Schwebe lassen darf, *Canaris* (Fn. 4), § 7 Rn. 35.

⁸ Eine Bindung des Prozessgerichts an die Entscheidung des Registergerichts gibt es nicht.

⁹ Rn. 28, 30 der Entscheidungsgründe m.w.N.; aus neuerer Zeit ebenso OLG Köln NZG 2010, 879, 880 m.w.N.

¹⁰ So aus neuerer Zeit BGH NZG 2010, 112, 113; OLG Köln NZG 2006, 477, 478.

¹¹ Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 34. Aufl. 2010, § 25 Rn. 6.

¹² Siehe oben Fn. 6.

c) Als drittes: Das OLG sieht selbst, dass der Erwerb eines Unternehmens aus der Insolvenzmasse wohl einhellig nicht als Fall des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB angesehen wird.¹³ Damit würde es also auch ohne Eintragung eines Haftungsausschlusses nicht zur Haftung des Erwerbers für Altverbindlichkeiten kommen. Dass sich daran etwas änderte, dass die Erwerberin nur einzelne Einrichtungsgegenstände aus der Insolvenzmasse erworben hat, ist schwer einzusehen.

d) Zum Schluss: Die Eintragung muss unverzüglich beantragt werden. Der Ablauf hier war derjenige, dass zunächst eine Eintragung beantragt, der Antrag dann aber wieder zurückgenommen wurde. Der Antrag war nun mehr als unglücklich formuliert (zitiert schon oben in Abschnitt I. 2), so dass die Zwischenverfügung zu Recht erging, denn bloß mögliche Umstände sind sicher nicht eintragungsfähig. Der erneute Antrag erfolgte dann erst am 19.1.2010. Welcher Zeitraum zwischen der Beanstandung der ersten Anmeldung, deren Rücknahme und der neuen Antragstellung verstrichen ist, lässt sich den Entscheidungsgründen nicht entnehmen.¹⁴ Nach der „verpatzten“ ersten Anmeldung dürfte es darauf aber nicht mehr entscheidend ankommen, denn schon diese reicht m. E. aus, ein schuldhafte Zögern (vgl. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) anzunehmen, wenn denn die Übernahme schon im zeitlichen Zusammenhang mit der ersten Anmeldung erfolgte.

3. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist die Entscheidung vor allem für Referendare von Interesse. Sie führt recht anschaulich in die registerrechtlichen Abläufe ein. Ausgangspunkt des Beschwerdeverfahrens ist die Anmeldung des Haftungsausschlusses. Nach der inzwischen schon nicht mehr ganz jungen Änderung durch das EHUG¹⁵ sind Anmeldungen elektronisch in öffentlich beglaubigter Form vorzunehmen, § 12 HGB. Örtlich ausschließlich (§ 377 Abs. 1 FamFG) zuständiges Gericht ist dasjenige, in dessen Bezirk das Handelsgeschäft belegen ist, § 29 HGB. Dabei ist das Gericht das Amtsgericht, §§ 23a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 GVG i.V.m. § 374 Nr. 1 FamFG, in dessen Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat, § 376 Abs. 1 FamFG.¹⁶ Die Geschäfte des Register-

gerichts werden entweder vom Richter oder vom Rechtspfleger wahrgenommen. Die Aufteilung der Geschäfte ergibt sich aus §§ 3 Nr. 2 und 17 RPflG. Das bedeutet für den hier entschiedenen Fall, dass die erstmalige Eintragung der GmbH nach § 17 Nr. 1a RPflG ein dem Richter vorbehaltenes Geschäft ist,¹⁷ während die Entscheidung über die Eintragung des Haftungsausschlusses, da es sich nicht um ein in § 17 genanntes Geschäft handelt, dem Rechtspfleger obliegt. Desse[n] Entscheidungen können nach § 11 Abs. 1 RPflG mit den Rechtsmitteln angegriffen werden, die nach den allgemeinen Vorschriften zulässig sind. Nach dem FamFG sind grundsätzlich nur Endentscheidungen mit der Beschwerde anfechtbar, § 58 Abs. 1 FamFG. Hier hatte die Rechtspflegerin aber den Antrag nicht zurückgewiesen, sondern nur im Hinblick auf den Erwerb einiger Einrichtungsgegenstände vom Insolvenzverwalter aufgefordert, die Anmeldung zurückzunehmen. Hierin sah das OLG aber eine Beanstandung nach § 382 Abs. 4 FamFG, die ergehen kann, wenn eine Anmeldung unvollständig ist oder der Eintragung ein vom Antragsteller behebbares Hindernis entgegensteht.¹⁸ Dann ist dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Ergänzung oder Beseitigung des Hindernisses zu setzen (sog. Zwischenverfügung). Damit soll dem Antragsteller Gelegenheit gegeben werden, statt einer Zurückweisung des Antrags und eines Neuantrags noch im laufenden Verfahren kurzfristig Abhilfe zu schaffen und damit die Eintragung rascher herbeiführen zu können. Diese Zwischenverfügung ist mit der Beschwerde anfechtbar, § 382 Abs. 4 S. 2 FamFG.¹⁹

RA Prof. Dr. Hubert Schmidt, Trier/Koblenz

¹³ Ständige Rechtsprechung des BGH, siehe etwa BGH NJW 1992, 911; NJW 1988, 1912, 1913; vgl. auch BGH NJW 2006, 1001, 1002. Dem folgt etwa das BAG in NJW 2007, 942. Aus der Literatur statt aller *Canaris* (Fn. 4), § 7 Rn. 25, der den Anwendungsbereich des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB darüber hinaus teleologisch in den Fällen einschränken möchte, dass die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Übertragenden im Zeitpunkt des Unternehmensübergangs aussichtslos gewesen wäre (a.a.O., Rn. 26). Siehe dagegen die Rspr. zum nicht privilegierten Erwerb vom vorläufigen Insolvenzverwalter in der zuvor schon zitierten Entscheidung des BGH in NJW 1992, 911.

¹⁴ Das OLG beschäftigt sich mit diesem Gesichtspunkt überhaupt nicht.

¹⁵ Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister vom 10.11.2006, BGBI. I 2006, S. 2533.

¹⁶ Die Länder können aber nach § 376 Abs. 2 FamFG durch Rechtsverordnung die Zuständigkeiten der Amtsgerichte

anders bestimmen; siehe dazu die Übersicht bei *Bumiller/Harders*, Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), 9. Aufl. 2009, § 376 Rn. 14.

¹⁷ Sofern nicht im betreffenden Bundesland von der Möglichkeit Gebrauch gemacht wurde, den Richtervorbehalt durch Rechtsverordnung ganz oder teilweise aufzuheben, § 19 Abs. 1 Nr. 6 RPflG, wie bspw. in Baden-Württemberg, § 1 Aufgaben-Übertragungsverordnung vom 3.12.2004 (GBl. 2004, S. 919).

¹⁸ Ob in den von der Rechtspflegerin genannten Umständen überhaupt ein behebbares Hindernis lag, erscheint zweifelhaft; jedenfalls hatte aber die Rechtspflegerin ihre Entscheidung als Beschluss mit Rechtsmittelbelehrung verfasst, weshalb das OLG einen rechtsmittelfähigen Beschluss angenommen hat.

¹⁹ Damit liegt in der genannten Norm eine abweichende Bestimmung im Sinn von § 58 Abs. 1, letzter HS FamFG.