**Fall 2.3.: Firmenrecht § 28**

Der betagte V betrieb unter dem Namen "E-Automobile" einen stadtbekannten und gutgehenden Autohandel, der nicht im Handelsregister eingetragen war. Als E Anfang 2006 von einem asiati- schen Großhersteller das Alleinvertriebs- und Verkaufsrecht für einen sehr günstigen hybrid betriebenen Kleinwagen in Deutschland erhält, sieht er noch einmal die Chance das Geschäft zu vergrößern. Um sich nicht zu überfordern, überzeugt er den vermögenden X davon, als persönlich haftender Gesellschafter in sein Unternehmen einzusteigen. Zunächst wird der Geschäftsbetrieb in „E&X Automobile OHG“ umbenannt und umfassend vergrößert, vor allem bundesweit neue voll ausgestattete Filialen gegründet und insgesamt 100 Mitarbeiter eingestellt. Eine Handelsregistereintragung unterbleibt.

Im Juli 2006 macht G gegenüber X einen begründeten Anspruchs auf Schadensersatz in Höhe von 2.000 EUR wegen eines Mangels am im Dezember 2005 von E gekauften PKW geltend. X lehnt jede Zahlungsverpflichtung ab, da er zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht Gesellschafter war. Außerdem habe er den Aufnahmevertrag mit E gerade angefochten, da dieser ihn - zu Recht - über die Zulassungsmöglichkeiten des asiatischen PKW-Modells im deutschen Straßenverkehr getäuscht habe.

**1. Anspruch des G gegen „E&X Automobile oHG“ ?**

**2. Anspruch des G gegen X?**

A. Anspruch des G gegen „E&X Automobile oHG“ auf Schadensersatz wegen mangelhafter Leistung gemäß §§ 280 I, III, 281 I, 434 I, 437 Nr. 3 BGB HGB.

**I. Gesellschaftsverbindlichkeit**

 1. Gewährleistungsverbindlichkeit aus dem Kaufvertrag zwischen „E&X-Automobile OHG“ und G: zu d. Zeitpunkt noch keine OHG (-)

2. Gewährleistungsverbindlichkeit aus dem Kaufvertrag zwischen E Automobile und G (+)

3. Gesetzlicher Schuldbeitritt gem. § 28 Abs. 1

1.1 Geschäft eines Einzelkaufmanns (Handelsgewerbe) (+)

Zum Zeitpunkt des Eintritts des X betrieb E ein Handelsgewerbe gem. § 1 Abs. 1 HGB, das einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erforderte. Insoweit war die fehlende Eintragung ohne Bedeutung.

 Somit trat X in ein Handelsgeschäft im Sinne eines handelsgewerblichen, also einzelkaufmännischen Betriebs ein.

**Anmerkung:**

Anwendung des § 28 I, 1 HGB - entgegen dem Wortlaut - auch auf den Eintritt in sonstige Gewerbe? :

* Eine Auffassung - Keine Anwendbarkeit, da:
* Widerspruch zu eindeutigem Wortlaut
* systematische Stellung des § 28 HGB im dritten Abschnitt des ersten Buches des HGB - „Handelsfirma“ - eine Firma kann gemäß § 17 I HGB nur ein Kaufmann führen.
* Andere Auffassung - Erweiterung auf alle Gewerbe:
* Vollstreckungsrechtlichen Gründe: die Gläubiger haben nur Zugriff auf das bisher haftende „Geschäftsvermögen“, welches in die gegründete Gesellschaft eingebracht wird. Somit bleibt nur die Möglichkeit der Vollstreckung in den Gesellschaftsanteil des ehemaligen Einzelgewerbetreibenden als persönlichen Schuldner. Dies führt zwangsläufig zu seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft und bei Auflösung der Gesellschaft zu einer Befriedigung des Gläubigers nach den anderen Gesellschaftsgläubigern.
* Grundsatz der Unternehmenskontinuität: ausschlaggebend für die Anwendung des § 28 I, 1 HGB sei, dass der Altunternehmer Unternehmensträger war.
* BGH NJW 10, 3721:

- § 28 gilt bei jeder Gründung einer Personengesellschaft mit Einbringung eines Unternehmens, einerlei ob bloße GbR entsteht oder früherer Geschäftsinhaber Nichtkaufmann war.

* h.M:

Erfordernis der Gründung einer Personenhandelsgesellschaft, d.h. durch den Zusammenschluss muss eine Handelsgesellschaft (§ 105 I HGB) entstehen. Einer Anwendung des § 28 I HGB auf die BGB-Gesellschaft (§§ 705 ff BGB) steht insbesondere deren mangelnde Registerpublizität entgegen (z.B. Haftungsausschluss, § 28 II HGB).

* Stellungnahme:

- Für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf sonstige Gewerbe spricht der Sinn und Zweck der Norm (teleologische Auslegung), denn die Gläubiger von Kleingewerbetreibenden erscheinen nicht weniger schutzwürdig als die von Kaufleuten.

- Die Lage des Kleingewerbetreibenden wird nicht verschlechtert, da er ohnehin haftet und nur der Eintretende über § 128 HGB der persönlichen Haftung unterworfen wird.

1.2. Gründung einer neuen Personenhandelsgesellschaft (+)

a) Entstehung der OHG: Zusammenschluss von mindestens zwei Personen zwecks Betreiben eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma ( § 105 Abs. 1 HGB)

aa) im Innenverhältnis - Gesellschaftsvertrag (+)

bb) im Außenverhältnis: gem. § 123 Abs. 2 HGB (+)

**Anmerkung:**

Analoge Anwendung des § 28 Abs. 1 S. 1 HGB auf die Entstehung einer GbR:

Eine Ansicht:

*- keine Anwendung* bei der Entstehung einer GbR oder einer Kapitalgesellschaft – wegen dem eindeutigen Wortlaut

*BGH:*

- § 28 gilt bei jeder Gründung einer Personengesellschaft mit Einbringung eines Unternehmens, auch wenn bloße GbR gem. § 705 BGB entsteht

Argumentationsstruktur:

- Nach heutiger Rspr. ist die GbR teilrechtsfähig, § 124 Abs. 1 HGB analog.

- Die Gesellschafter einer GbR haften analog § 128 S. 1 HGB.

- Ebenso gilt § 130 HGB analog.

- Findet § 130 HGB analoge Anwendung, dann darf es keinen Unterschied machen, ob die Gesellschaft durch den Beitritt erst gegründet worden ist (dann § 28 HGB) oder nicht (dann § 130 HGB).

b) Anfechtung des Gesellschaftsvertrages wegen arglistiger Täuschung (§ 123 I BGB- Gesellschaftsvertrag gemäß § 142 I BGB grundsätzlich ex tunc unwirksam (+)

**Anmerkung:**

Die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags ist für die Haftung nach § 28 HGB nicht erforderlich:

- systematische Parallele zu § 25 Abs. 1 S. 1 HGB (nur tatsächlicher Inhaberwechsel ist maßgebend)

- Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft:

Gesellschaftsverträge, die zwar fehlerhaft geschlossen wurden (insbesondere wegen Nichtigkeit gem. §§ 104 ff, 134, 138 BGB und Anfechtbarkeit gem. §§ 119, 123 BGB),

aber bereits in Vollzug gesetzt wurden (spätestens mit Aufnahme des Geschäftsbetriebs)

und bei denen kein vorrangiger Schutz zugunsten der betroffenen Gesellschafter besteht (insbesondere bei der Nichtigkeit nach §§ 134, 138 BGB und §§ 104 ff BGB), kann die Gesellschaft durch Kündigung des Gesellschafters nur mit ex nunc Wirkung (für die Zukunft) aufgelöst werden.

Das Vorliegen einer fehlerhaften Gesellschaft genügt für die Anwendung des § 28 I, 1 HGB, denn es komme nur darauf an, dass die Gesellschaft - wenn auch fehlerhaft - tatsächlich zustande gekommen sei und nur mit Wirkung für die Zukunft aufgelöst werden könne.

1.3. Einbringung des Handelsgeschäfts (+)

**Anmerkung:**

Rechtlich betrachtet, handelt es sich um die Gründung einer Gesellschaft, in welche der bisherige Einzelkaufmann sein Unternehmen einbringt.

1.4. Beteiligung des bisherigen Einzelkaufmanns als Gesellschafter (+)

1.5. Fortführung des Handelsgeschäfts durch die Gesellschaft.

**Anmerkung:**

Entscheidend ist die Fortführung des wesentlichen Kerns des Geschäfts, auch eines wesentlichen Unternehmensteils oder einer selbstständigen Zweigniederlassung.

1.6. Kein Ausschluss der Haftung gem. § 28 Abs. 2 HGB unverzüglich nach „Eintritt“ (-)

**Anmerkung:**

§ 28 Abs. 2 HGB ermögliche es als minus, nur die persönliche Haftung der Gesellschafter zu beschränken, während die Haftung der Gesellschaft bestehen bleibe.

**II. Ergebnis**

Die Schadensersatzforderung des G in Höhe von 2.000 EUR ist eine wirksame Gesellschaftsverbindlichkeit der zwischen E und X gegründeten oHG. Der Anspruch des G gegen „E&X Automobile oHG“ auf Schadensersatz in Höhe von 2.000 EUR gemäß §§ 280 I, III, 281 I, 434 I, 437 Nr. 3 BGB besteht.

B. Anspruch des G gegen X persönlich auf Schadensersatz wegen mangelhafter Leistung gemäß §§ 280 I, III, 281 I, 434 I, 437 Nr. 3 BGB HGB iV.m. § 128 Abs. 1 HGB

**Anmerkung:**

Zusätzliche Haftung aus § 128 S. 1 HGB?

h.L.:

- über § 28 HGB wird die Verbindlichkeit zu einer solchen der Gesellschaft und begründet damit eine Haftung aus § 128 S. 1 HGB

(bspw. BGHZ 157, 364; *Hopt*, in: Baumbach/ Hopt, § 28 Rn. 5; *Steinbeck*, HandelsR, § 16 Rn. 14).

a.A.:

- § 28 HGB sei in den Kontext zu § 25 HGB einzuordnen. Dem Erwerber i.S.d. § 25 HGB entspreche nur die Gesellschaft und nicht der „Eintretende“, da nicht dieser, sondern allein die Gesellschaft das Unternehmen fortführt.

- Eine Haftung aus § 128 HGB entspreche auch nicht den Schutzerwartungen des Rechtsverkehrs. Die Haftungserwartung des Verkehrs könne sich keinesfalls auf eine zusätzliche persönliche Einstandspflicht des oder der „Eintretenden“, sondern allenfalls auf die Gesellschaft richten.

 (vg. *Canaris*, HandelsR, S. 133 (Rn. 92)).

I. Gesellschaftsverbindlichkeit : s. oben (+)

II. Gesellschafterstellung des X (+)

**Ergebnis**

G hat einen Anspruch gegen den X persönlich auf Schadensersatz in Höhe von 2.000 EUR gemäß §§ 280 I, III, 281 I, 434 I, 437 Nr. 3 BGB iVm § 128, 1 HGB.