Finanzgericht Münster, 8 K 2496/06

Datum:	12.03.2009
Gericht:	Finanzgericht Münster
Spruchkörper:	8. Senat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	8 K 2496/06
ECLI:	ECLI:DE:FGMS:2009:0312.8K2496.06.00

Tenor:

Der Haftungsbescheid vom 16.03.2005 und die Einspruchsentscheidung vom 08.05.2006 werden aufgehoben.

Die Kosten des Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Der jeweilige Kostenschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Kostengläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

T a t b e s t a n d : 1

Streitig ist die Rechtmäßigkeit einer Haftungsinanspruchnahme nach § 191 Abgabenordnung (AO) in Verbindung mit § 25 Handelsgesetzbuch (HGB). 2

Das Finanzamt (FA) nahm den Kläger (Kl.) nach vorheriger Anhörung mit Haftungsbescheid vom 16.03.2005 wegen rückständiger Umsatzsteuer nebst Zinsen und Säumniszuschläge seines Bruder T. für die Jahre 1997 bis 2002 wegen Betriebsübernahme gemäß § 191 AO i. V. m. § 25 HGB in Höhe von insgesamt 37.431,53 EUR in Anspruch. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Bescheides Bezug genommen. 3

Sein Bruder T., über dessen Vermögen inzwischen am 15.01.2006 ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, betrieb in den Streitjahren 1997 bis 2002 und darüber hinaus bis zum 01.01.2004 in X, A-Straße 2, die Pizzeria "Y" (StNr. XXX/XXXX/XXX1), die ab dem 4

01.01.2004 vom Kl. übernommen wurde. Dieser erwarb den gesamten Warenbestand und die Geschäftsausstattung.

Zudem betrieb T. in den Jahren 2000 bis 2002 in X, B-Straße 67, die Pizzeria "X" (StNr. XXX/XXXX/XXX2), die er vom Kl. übernommen und zum 31.12.2002 wiederum an diesen abgegeben hatte. 5

Außerdem betrieb T. in den Streitjahren 1997 bis 2002 in N, C-Straße 3, die Trattoria "Z" (StNr. XXX/XXXX/XXX3). Diesen Betrieb veräußerte T. zum 31.12.2002. Den Namen des Erwerbers hat das FA im Laufe des außergerichtlichen Verfahrens nicht ermittelt, da sich die Akten bereits im Keller des für diesen Betrieb zuständigen Finanzamts N befinden würden (vgl. Vermerk des FA vom 26.10.2005, Blatt 67 bis 69 der Haftungsakte). 6

T. gab jeweils in den Jahren 2000 bis 2003 für die drei Betriebe zusammengefasste Umsatzsteuererklärungen ab. Das FA führte bei T. hinsichtlich der Pizzerien "Y" und "X" zwei Betriebsprüfungen (Bp) für die Jahre 1997 bis 2000 (betreffend "Y") und für das Jahr 2000 (betreffend "X") durch. Wegen der Einzelheiten wird auf die beiden Bp-Berichte vom 17.09.2003 Bezug genommen. 7

Laut der eingereichten Gewinn- und Verlustrechnungen erzielte T. in den Jahren 2000 bis 2002 in seinen drei Betrieben folgende Umsätze: 8

Jahr	X	Y	Z	Gesamtumsatz
2000	434.867	520.200	362.644	1.317.711
2001	512.591	483.943	313.967	1.310.501
2002 (in EUR)	259.305	210.459	123.802	593.566

9

Die Umsätze im Betrieb "Y" betrugen lt. Gewinn und Verlustrechnungen in den Jahren 1997 bis 1999: 10

1997:	567.316,91 DM
1998:	522.285,53 DM
1999:	474.781,41 DM

11

In dem o. a. Haftungsbescheid vom 16.03.2005 war bei den USt-Schulden des T. weder angegeben worden, auf welche der drei von T. geführten Betriebe die USt-Verbindlichkeiten entfallen, noch der genaue Zeitpunkt, wann der Kl. von seinem Bruder T. welchen Betrieb übernommen hatte. 12

Zur Begründung seines gegen den Haftungsbescheid vom 16.03.2005 eingelegten Einspruchs trug der Kl. vor, für eine Haftung gemäß § 25 HGB sei kein Raum. Er habe den Betrieb "X" nicht erworben. Er habe das Unternehmen bereits in der Vergangenheit betrieben und es später auf seinen Bruder T. übertragen, der den Betrieb nunmehr an ihn zurückübertragen habe. 13

14

Er habe zwei Unternehmen übernommen, die Pizzerien "X" und "Y". Der Betrieb "X" sei kein Handelsgeschäft im Sinne des HGB, da kein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich sei. Der Umfang der Geschäftstätigkeit begründe kein Handelsgewerbe im Sinne des HGB. Die Umsätze lägen zwischen 196.000 und 236.000 EUR. Im allgemeinen sei eine Umsatzgrenze in Höhe von 250.000 EUR zugrunde zu legen. Es würden lediglich eine Vollzeitkraft, zwei Teilzeitkräfte und zwei bis drei Aushilfen beschäftigt. Daneben nehme er weder am Wechsel- noch am Frachtverkehr teil, eine weiträumige Tätigkeit, umfangreiche Werbung und größere Lagerhaltung seien ebenfalls nicht vorhanden bzw. erforderlich. Insgesamt spreche kein Kriterium für das Vorliegen eines Handelsgewerbes, so dass eine Haftung für die Steuerschulden der "X" ausgeschlossen sei.

Hinsichtlich der Pizzeria "Y" sei aufgrund der Namensänderung in "Bella Y" die Haftung ausgeschlossen. Schriftliche Unterlagen über den Verkauf bzw. Erwerb der Pizzerien lägen ihm nicht vor. Lediglich für die Übertragung der Wirtschaftsgüter der Pizzeria "Y" sei eine Rechnung geschrieben worden, die dem FA vorläge. Es seien auch Essen außer Haus angeboten worden, entweder zum Mitnehmen oder durch Anlieferung mit dem Pizza-Taxi. In geringem Umfang sei ein Partyservice angeboten worden. 15

Außerdem sei die Festsetzungsfrist für die Zeiträume 1997 bis 2000 nach § 191 Abs. 3 und 4 AO abgelaufen. 16

Wegen der weiteren Einzelheiten zum außergerichtlichen Vorbringen wird auf die Schreiben des Kl. vom 21.04.2005, 14.09.2005 und vom 13.04.2006 Bezug genommen. 17

Das FA minderte in der Einspruchsentscheidung (EE) vom 08.05.2006 den Haftungsbetrag auf 27.060,25 EUR. Es meinte im Übrigen, es habe zu Recht einen auf § 25 HGB gestützten Haftungsbescheid erlassen. 18

Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB i. V. m. § 191 Abs. 1 AO hafte derjenige, der ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführe, für alle im Betrieb des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Ein Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB sei möglich. Nach der Rechtsprechung müsse für die Wirksamkeit die Eintragung des Ausschlusses ins Handelsregister oder eine Mitteilung an das FA unverzüglich nach der Übernahme – innerhalb von 6 bis 8 Wochen – erfolgen. Bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB hafte der Erwerber zeitlich unbegrenzt für alle steuerlichen Verbindlichkeiten, die als Betriebsausgabe zu berücksichtigen seien. Dazu würden u. a. die "im Streitfall angesetzte" Umsatzsteuer und die entsprechenden Nebenleistungen gehören. 19

Nach Aktenlage sei der Erlass des Haftungsbescheides gegenüber dem Kl. rechtmäßig und ermessensgerecht, da die genannten Voraussetzungen des § 25 HGB erfüllt seien. Ein wirksamer Haftungsausschluss sei nicht bekannt. Der Kl. habe die Pizzerien "X" und "Y" erworben. Bei beiden Unternehmen handele es sich um Handelsgeschäfte im Sinne des HGB. Die tatsächliche Fortführung sei jeweils unter der bisherigen Firma erfolgt. 20

Der Erlass des Haftungsbescheides erscheine auch ermessensgerecht, da die Verwirklichung der Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis durch den Steuerschuldner selbst nicht zum Erfolg geführt hat. Eine freiwillige Zahlung durch T. sei nicht erfolgt, und auch durch Vollstreckungsmaßnahmen habe der rückständige Betrag nicht eingezogen werden können. 21

22

Der Kl. könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, er hafte nicht, da das Unternehmen lediglich an ihn zurückübertragen worden sei. Nach ständiger Rechtsprechung und auch der Literatur sei jedoch anerkannt, dass ein Erwerb eines Handelsgeschäftes unter Lebenden jede Übertragung oder Überlassung aufgrund von Kauf, Schenkung, Erbteilung, Vermächtnis, Pacht oder Nießbrauch sein könne. Der Kl. könne den Ausschluss der Haftung auch nicht mit Erfolg damit begründen, dass die Änderung der Firma von der Pizzeria "Y" in Ristorante "Bella Y" vorgenommen worden sei. Allein der Zusatz "Bella" und die Änderung der Bezeichnung "Pizzeria" in "Ristorante" würden nicht dazu führen, dass die Haftung nach § 25 HGB ausgeschlossen werde. Vielmehr sei haftungsbegründend allein entscheidend, ob die Allgemeinheit die neue Firma noch mit der alten identifiziere. Im Streitfall bilde die Bezeichnung "Y" den Kern der Firma, die Zufügung des Adjektivs "Bella" führe nicht zu einer wesentlichen Änderung. Auch die Änderung der Bezeichnung des Geschäftszweiges von "Pizzeria" in "Ristorante" führe zu keinem anderen Ergebnis. Zwar trage die Bezeichnung des Geschäftszweigs innerhalb der Firma wesentlich zur Individualisierung bei und sei deshalb dem Kern der Firma zuzurechnen (BGH NJW 1986, 581, 582), eine wörtliche Übereinstimmung sei jedoch nicht erforderlich. Bei den Bezeichnungen könne im Zusammenhang mit der tatsächlichen Geschäftstätigkeit eine inhaltlich übereinstimmende Bedeutung beigemessen werden. Die Bezeichnung "Ristorante" sei inhaltlich weiter gefasst, während die vorherige Bezeichnung "Pizzeria" zunächst nur auf ein serviertes Gericht hinweise. Unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung könne diesem Unterschied in der Wortwahl jedoch nur eine geringe Bedeutung beizumessen sein, da der Kunde beide Begriffe mit der Darbietung italienischer Gerichte im allgemeinen verbinden werde. Insgesamt sei im Streitfall auch für die Pizzeria "Y" nach der Verkehrsauffassung von einer im Kern übereinstimmenden Firmierung auszugehen, so dass aufgrund der Namensänderung eine Haftung nach § 25 HGB nicht auszuschließen sei.

Der Kl. könne seinen Einspruch auch nicht darauf stützen, dass er kein Handelsgewerbe im Sinne des HGB erworben habe, weil er aufgrund des Unterschreitens der Umsatzgrenze kein Gewerbetreibender sei und auch anhand der übrigen Prüfungskriterien sich ergebe, dass ein Handelsgewerbe im Sinne des HGB nicht vorläge. Der Kl. habe jedoch ungeachtet etwaiger Betragsgrenzen mit den Pizzerien "X" und "Y" je ein Handelsgewerbe erworben. 23

Nach § 1 Abs. 1 HGB sei jede Person Kaufmann, die ein Handelsgewerbe betreibe. Dies gelte unabhängig von einer etwaigen Eintragung in das Handelsregister. Nach § 1 Abs. 2 HGB sei jeder Gewerbebetrieb ein Handelsgewerbe, es sei denn, es erfordere nicht einen in kaufmännischer Art und Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb. Demnach müssten die Unternehmen des Kl. keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. 24

Unter Würdigung der Gesamtumstände sei hier jedoch davon auszugehen, dass bei beiden Pizzerien je ein Handelsgewerbe im Sinne des HGB vorliege, weil mehrere Umstände, die das Finanzamt (FA) in der EE im Einzelnen aufführte, für das Erfordernis und das Vorliegen eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs sprechen würden. 25

Der Kl. führe – was für die Pizzeria "X" nicht zutreffend sei – aus, dass die Umsätze unter einer Grenze von rd. 250.000 EUR liegen würden. Nach herrschender Meinung werde jedoch die Festlegung einer bestimmten Grenze abgelehnt. 26

Entgegen der Auffassung des Kl. sei hier auch nicht die Festsetzungsfrist für den Zeitraum 1997 bis 2000 abgelaufen. Hier verkenne er, dass die Festsetzungsfrist für Haftungsbescheide erst mit Ablauf des Kalenderjahres beginne, in dem der Tatbestand verwirklicht worden sei, an dem das Gesetz die Haftungsfolge knüpfe (§ 191 Abs. 3 Satz 3 27

AO). Im Streitfall habe die vierjährige Festsetzungsfrist demnach für die eine Pizzeria mit Ablauf des Jahres 2002 und für die zweite Pizzeria mit Ablauf des Jahres 2003 zu laufen begonnen, so dass ein Ablauf der Frist frühestens zum 31.12.2006 bzw. 31.12.2007 möglich sei. Maßgebend sei nicht die Entstehung des Hauptanspruchs oder die Abgabe der Erklärung oder die Anmeldung der betreffenden Steuer, für die gehaftet werde. Die Haftungsverjährung könne früher oder später beginnen als die Festsetzungsverjährung nach den §§ 169 ff AO für die Steuern.

Nur hinsichtlich der Höhe des Haftungsbetrages sei eine Änderung zugunsten des Kl. erforderlich, weil der Kl. nach seinen Angaben die Pizzeria "Z" nicht übernommen habe. Etwaige hierauf entfallende Umsatzsteuerrückstände seien jedoch mit in den Haftungsbescheid übernommen worden, da die insgesamt offene Summe als Haftungssumme festgesetzt worden sei. Eine eindeutige Bestimmung der auf diese Pizzeria entfallenden Rückstände sei jedoch nur nach Aktenlage nicht möglich. 28

Da die erforderliche Aufteilung durch den Kl. nicht erfolgt sei, würden etwaige Zweifel an der Höhe des festzusetzenden Betrages zu Lasten des Kl. gehen, da er insoweit seiner Mitwirkungspflicht nach § 90 AO nicht nachgekommen sei. Eine konkrete Ermittlung der auf die "X" und "Y" entfallenden Beträge sei allein mit den dem FA bisher vorliegenden Unterlagen nicht möglich, da sich aus den jährlich eingereichten Umsatzsteuererklärungen keine Aufteilung auf die drei Pizzerien des Steuerschuldners ergebe. Die Beträge seien lediglich in einer Gesamtsumme angegeben worden. Auch aus den vorliegenden Bilanzen ergebe sich nicht die genaue Höhe der auf jede Pizzeria entfallenden Umsatzsteuerschuld. Zudem sei nicht erkennbar, in welcher Höhe Vorauszahlungen für welches Unternehmen geleistet worden seien. 29

Die Schätzung der auf die beiden übernommenen Pizzerien entfallenden Beträge sei daher anhand einer prozentualen Aufteilung entsprechend der erzielten Umsätze in den jeweiligen Unternehmensteilen erfolgt, soweit nicht eine eindeutige Zuordnung möglich sei. 30

Das FA berechnete sodann im Einzelnen die nach Aufteilung verbleibende Haftungssumme auf einen Betrag in Höhe von 27.060,25 EUR. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der EE vom 08.05.2006 verwiesen. 31

Hiergegen wendet sich der Kl. mit der vorliegenden Klage, mit der er die Aufhebung des Haftungsbescheides vom 16.09.2005 und hilfsweise die Herabsetzung der Haftungssumme auf 9.170,30 EUR erstrebt. 32

Entgegen der Auffassung des FA sei die Namensänderung von Pizzeria "Y" in Ristorante "Bella Y" ausreichend, die beiden Firmen zu unterscheiden. Durch den Zusatz "Bella" werde nicht nur ein Adjektiv einem Substantiv hinzugefügt, sondern es entstehe durch die Hinzufügung des Wortes "Bella" an die Bezeichnung "Y" ein neuer eigener Begriff. Dieser neu entstandene Begriff habe eine ganz andere Bedeutung als die vorherige Firmierung. Beide Wörter "Bella" und "Y" seien zwei gleichwerte Bestandteile der Firmenbezeichnung "Bella Y" und gäben der Firmenbezeichnung das Gepräge. 33

Ebenso verkenne das FA, dass der Namensänderung von Pizzeria in Ristorante nicht nur eine unwesentliche Bedeutung beigemessen werden könne. Mit der Wahl der Bezeichnung "Ristorante" solle zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich bei dem Betrieb um ein Lokal mit höherem Niveau handele. Ein Lokal mit dieser Bezeichnung serviere neben Nudel- und Pizzagerichten auch hochwertige Fleisch- und Fischgerichte, sowie hochwertige Weine. In der Regel würden gleichzeitig noch ein gehobenes, schöneres Ambiente und ein Service auf 34

gehobenem Niveau geboten. Die Bezeichnung "Pizzeria" werde dagegen gewählt, wenn im wesentlichen Pizza und Teiggerichte serviert würden und das Ambiente in der Regel von untergeordneter Bedeutung sei. Diese Unterscheidung werde von der Allgemeinheit auch wahrgenommen und bei der Wahl des Restaurants berücksichtigt.

Im Übrigen werde bestritten, dass die Änderung der Firmenbezeichnung nicht nach außen dokumentiert bzw. von der Allgemeinheit zur Kenntnis genommen worden sei. Hierzu gehörten nicht nur Kunden die das FA erwähne, sondern auch Lieferanten und sonstige Geschäftspartner. Die Dokumentation der Namensänderung sei durch Änderung des Eindrucks auf den Kassenbelegen und Quittungen erfolgt. Weiterhin sei die Namensänderung durch die Änderung der Speisekarten mit dem neuen Aufdruck der auf die Änderung der Firmenbezeichnung sowie den Wechsel des Inhabers hinweise, vorgenommen worden. Dadurch seien die Kunden ausreichend informiert worden. Ebenso seien die Lieferanten und weitere Geschäftsfreunde über den Inhaberwechsel und die neue Firmenbezeichnung informiert worden. Sämtliche Eingangsrechnungen seien von den Lieferanten unter der neuen Firmenbezeichnung erstellt worden. Ebenfalls sei an die Großhändler der Hinweis auf die neue Firmierung und den Inhaberwechsel erfolgt. 35

Eine Haftung gemäß § 25 HGB setze außerdem die Übernahme eines Handelsgeschäftes im Sinne des HGB voraus. Weder die Pizzeria "X" noch das Ristorante "Bella Y" würden ein Handelsgeschäft im Sinne des HGB darstellen. 36

Dass bei der Pizzeria "X" im Jahr 2002 einmal mit 259.305 EUR die Umsatzgrenze in Höhe von 250.000 EUR überschritten worden sei, falle nach den maßgeblichen Gesamtumständen nicht ins Gewicht. 37

Falls das Finanzgericht zu dem Ergebnis komme, dass sich nur in Bezug auf die Übernahme der Pizzeria "X" eine Haftung ergebe, seien die Umsatzsteuer-Nachforderungen für die Pizzeria "Y" in Höhe von 5.851,17 EUR herauszunehmen und hinsichtlich der übrigen Umsätze eine andere Aufteilung vorzunehmen. Diese Aufteilung sei im Verhältnis der verbleibenden Umsatzsteuer anhand der vorliegenden Jahresabschlüsse für die Kalenderjahre 2000 und 2001 der drei Firmen zu berechnen. Die Haftungssumme sei hilfsweise dementsprechend auf 9.170,30 EUR zu reduzieren. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schreiben des Kl. vom 31.10.2006 und 15.01.2007 nebst Anlagen verwiesen. 38

Der Kl. beantragt, 39

den Haftungsbescheid vom 16.03.2005 in der Gestalt der EE vom 08.05.2006 aufzuheben, 40

hilfsweise die Haftungssumme auf 9.170,30 EUR herabzusetzen, 41

hilfsweise die Revision zuzulassen, 42

und die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären. 43

Das FA beantragt, 44

die Klage abzuweisen. 45

Es meint unter Bezugnahme auf seine EE vom 08.05.2006 weiterhin, dass die Änderung der Firmenbezeichnung "Pizzeria Y" in "Ristorante Bella Y" nicht für den Haftungsausschluss ausreichend sei. 46

Es sei auch nach den Ausführungen des Kl. weiterhin der Auffassung, dass es sich bei den übernommenen Betrieben bei Betrachtung der Gesamtumstände um Handelsgewerbe handele. 47

Hinsichtlich der Höhe der zu ermittelnden Haftungssumme könne dem vom Kl. vorgeschlagenen Aufteilungsmaßstab grundsätzlich zugestimmt werden. Erhebliche Unterschiede würden sich im Vergleich beider gewählter Maßstäbe nicht ergeben. Zu beachten seien jedoch die Feststellungen der Betriebsprüfung, und zwar abhängig davon, für welche Betriebe letztendlich die Haftung bejaht werde. 48

Zum weiteren Vorbringen des FA wird auf die Schriftsätze des FA vom 23.11.2006, 19.02.2007 und vom 16.02.2009 verwiesen. 49

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der vom FA vorgelegten Verwaltungsvorgänge sowie auf den Inhalt der Gerichtsakte Bezug genommen. 50

Der Senat hat in diesem Verfahren am 12.03.2009 mündlich verhandelt. 51

Auf die Niederschrift hierüber wird Bezug genommen. 52

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 53

Die Klage ist begründet. 54

Der angefochtene Haftungsbescheid vom 16.03.2005, mit der der Beklagte (das FA) den Kl. wegen rückständiger USt nebst Zinsen und Säumniszuschläge (Sz.) seines Bruders T. für die Jahre 1997-2002 wegen Betriebsübernahme gemäß 191 AO i. V. m. § 25 HGB in Höhe von insgesamt 37.431,53 EUR in Anspruch genommen hat, ist rechtswidrig. 55

Nach § 25 Abs. 1 HGB haftet derjenige, der ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Wesentliche Voraussetzung für die Nachfolgehaftung im Sinne dieser Vorschrift ist somit zunächst die Beibehaltung einer "bisherigen Firma"und die Fortführung des Handelsgeschäftes als solchen. Die Haftung des späteren Betriebsinhabers umfasst auch die Steuerschulden des früheren Betriebsinhabers und kann vom FA gemäß § 191 AO durch Haftungsbescheid geltend gemacht werden. 56

Es kann dahinstehen, ob der Kl. durch die zum 01.01.2003 bzw. zum 01.01.2004 erfolgte Übernahme und Fortführung der beiden zuvor von seinem Bruder T. betriebenen Pizzerien "X" und "Y" jeweils unter Lebenden erworbene Handelsgeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB fortgeführt hat. Demgemäß braucht auch nicht die zwischen den Beteiligten streitige Frage entschieden zu werden, ob die beiden durch den Kl. von seinem Bruder T. übernommenen Pizzerien einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. 57

Eine Haftungsinanspruchnahme nach § 25 HGB ist hier bereits deshalb rechtswidrig, weil kein "unter der bisherigen Firma" erworbenes Handelsgeschäft fortgeführt worden ist. 58

Eine Firmenfortführung im Sinne des § 25 Abs. 1 HGB liegt deshalb nicht vor, weil dies die Übernahme der "Firma" des ursprünglichen Eigentümers erfordert. Wird – wie vorliegend - lediglich der Gaststättenname fortgeführt, liegt keine Firmenfortführung vor. Bei den vom Bruder T. und vom Kl. verwandten Bezeichnungen "Pizzeria Y", "Pizzeria Bella Y", 59

"Ristorante Bella Y", "Ristorante Pizzeria Y" und "X" handelt es sich nicht um Firmenbezeichnungen als Name des Kaufmanns im Sinne der §§ 18, 19 HGB, sondern lediglich um Geschäfts- bzw. Etablissementsbezeichnungen.

Wenn – wie hier – ein im Handelsregister nicht eingetragener Einzelunternehmer sein Unternehmen mit einer Geschäftsbezeichnung versieht, die auf den Verkauf und die Ausgabe von italienischen Speisen hinweist, handelt es sich nicht um eine "Firma", sondern um eine sog. Geschäftsbezeichnung. Derartige Bezeichnungen sind deshalb Geschäftsbezeichnungen, weil mit ihnen gegenüber dem Geschäftsverkehr klargestellt werden soll, welche Geschäfte in dem Ladenlokal betrieben werden sollen, nämlich die Veräußerung von und die Bewirtung mit Speisen der italienischen Küche, wobei dahingestellt bleiben kann, welche Qualität (einfache oder gehobene) diese Speisen in den jeweiligen Geschäften haben sollen. 60

Nach § 18 Abs. 1 S. 1 HGB in der seit dem 01.07.1998 aufgrund des Handelsrechtsreformgesetzes (HReFG) vom 22.06.1998 BGBl. I 1998, 1474 geltenden Fassung muss die Firma zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen. Nach § 18 Abs. 1 S. 2 HGB in der seit dem 01.07.1998 geltenden Fassung darf die Firma keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen. 61

In der davor geltenden Fassung des § 18 Abs. 1 HGB (a. F.) war geregelt, dass ein Kaufmann, der sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen als Firma zur führen hat. Nach § 18 Abs. 2 HGB (a. F.) durfte der Firma kein Zusatz beigefügt werden, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet oder sonst geeignet ist, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. Zusätze, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts dienen, waren gestattet. 62

In § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB in der seit dem 01.07.1998 aufgrund des HRefG vom 22.06.1998 a. a. O. geltenden Fassung heißt es: 63

> "Abs. 1: Die Firma muss, auch wenn sie nach den §§ 21, 22, 24 oder nach anderen gesetzlichen Vorschriften fortgeführt wird, enthalten 64

1. bei Einzelkaufleuten die Bezeichnung "eingetragener Kaufmann", "eingetragene Kauffrau" oder eine allgemeinverständliche Abkürzung dieser Bezeichnung, insbesondere "e. K.", "e. Kfm." oder "e. Kfr.";" 65

Im vorliegenden Fall führte T. selbst keine Firma im Sinne der §§ 18, 19 HGB. Die Bezeichnungen "Pizzeria Y", "Ristorante Bella Y" und "X" sind nicht im Handelsregister eingetragen worden und damit nicht zu einem Bestandteil einer Firma geworden. Es ist auch nicht der nach § 19 HGB n. F. erforderliche Zusatz "e. K." oder ähnliches vorhanden gewesen. 66

Das Landgericht Bonn führt hierzu im Urteil vom 16.09.2005 15 O 193/05, NJW-RR 2005, 1559 unter I.2. der Urteilsgründe zutreffend folgendes aus: 67

68

"Nicht jede Bezeichnung, unter der ein Kaufmann auftritt, ist eine Firma. Es ist daher im Rahmen des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB stets zu prüfen, ob es sich bei der gewählten Bezeichnung überhaupt um eine Firma im rechtlichen Sinne handelt. Insbesondere verwenden Gewerbetreibende und Freiberuflicher häufig werbewirksame sog. Geschäfts- bzw. Etablissementsbezeichnungen. Diese bezeichnen im Gegensatz zur Firma nicht den Unternehmensträger, sondern das Handelsgeschäft/Geschäftslokal. Nach der Rechtslage vor dem Handelsrechtsreformgesetz vom 22.06.1998 (BGBl. I 1474) durften derartige Geschäfts- bzw. Etablissementsbezeichnungen nicht so gebildet werden, dass eine Verwechslung mit einer Firma drohte. War dies der Fall, drohte eine Haftung aus Firmenfortführung (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.07.1990, GmbHR 1991, 315). Das Firmenrecht hat durch das Handelsrechtsreformgesetz indes Änderungen erfahren, die eine formalorientierte Abgrenzung von Firmen- zu Geschäfts- bzw. Etablissementsbezeichnungen bedingen. Gemäß § 19 HGB n. F. sind nun alle Kaufleute, sowohl Handelsgesellschaften als auch Einzelkaufleute, verpflichtet, einen Rechtsformzusatz zu führen (bei Einzelkaufleuten z. B.: "e. K."). Dies erschien dem Gesetzgeber als notwendige Folge der Lockerung des Firmenrechts für Einzelkaufleute, wonach diese nun auch reine Sach- und Phantasiefirmen führen können (...(.

Während sich somit vor der Handelsrechtsreform der Hinweis auf die Eigenschaft als Einzelkaufmann daraus ergab, dass dieser eine Namensfirma ohne einen das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz führte und man zugleich den Rückgriff auf reine Sach- oder Phantasiebezeichnungen ausschloss, die somit allein für die Geschäfts- bzw. Etablissementsbezeichnungen zur Verfügung standen, hat der Gesetzgeber sich jetzt für eine klare Abgrenzung entschieden, wonach eine Firma nur dann vorliegt, wenn der Bezeichnung eine Rechtsformzusatz beigefügt ist. Folglich können nun alle Bezeichnungen als Geschäfts- bzw. Etablissementsbezeichnungen verwendet werden, solange diese nur keinen Rechtsformzusatz oder sonstigen Zusatz über die Kaufmannseigenschaft enthalten" (vgl. zum Vorstehenden Landgericht Bonn Urteil vom 16.09.2005 a. a. O.; ebenso Amtsgericht Bremen Urteil vom 15.03.2007 16 C 217/06, JURIS). 69

Abweichend von der Auffassung von Karsten Schmidt, Juristische Schulung (JuS) 1997, 1069 auf die sich das FA beruft, haftet der Kl. auch nicht etwa analog § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB. Denn eine Analogie auf die Fälle der Fortführung einer Geschäftsbezeichnung scheidet aus (vgl. Landgericht Bonn NJW-RR 2005, 1559; ebenso das OLG Düsseldorf im Urteil vom 22.01.1998, 10 U 30/97, NJW-RR 1998, 965 unter Hinweis auf das Urteil des BGH vom 17.09.1991, XI ZR 256/90, NJW 1992, 112). 70

Das FA beruft sich in seinem Schriftsatz vom 16.02.2009 zu Unrecht auf das Urteil des BGH vom 12.02.2001 II ZR 148/99, BGHZ 146, 374 (= NJW 2001, 1352). Entgegen der vom FA vertretenen Auffassung hat der BGH in diesem Urteil gerade darauf hingewiesen, dass es im Rahmen des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB sehr wohl auf die Firmenfortführung ankommt. In dem Urteilsfall ist auch tatsächlich eine Firma geführt worden. Zu entscheiden war nur, ob die Firma nach der erfolgten Änderung durch das übernehmende Unternehmen noch mit der alten Firma gleichgesetzt werden konnte. Der BGH hielt dies unabhängig von einer Unzulässigkeit im Rahmen des Firmenrechts für möglich, wenn die Unzulässigkeit der tatsächlich geführten Firma darauf beruht, dass der nach altem Recht als sog. Firmenkern geltende bürgerliche Familienname und Vorname des Geschäftsinhabers entgegen § 18 Abs. 1 HGB a. F. nicht in ausgeschriebener, sondern in abgekürzter Form geführt werde. Dann komme es für die Anwendbarkeit des § 25 Abs. 1 HGB entscheidend darauf an, ob die eigentlich prägende Kraft der Bezeichnung, unter der das alte Unternehmen bekannt sei, von einem fortgeführten Bestandteil ausgehe, der nach früherem Firmenrecht lediglich als 71

Firmenzusatz gegolten habe. Der Gesetzgeber habe mit der Handelsrechtsreform inzwischen in zutreffender Anerkennung der Bedeutung derartige Zusätze für die Kennzeichnung des Unternehmens und seine Verkehrsgeltung das Firmenrecht geändert. Entscheidend war nach Auffassung des BGH allein, dass die unter 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. Insoweit hat der BGH in diesem Urteil die unveränderte Weiterbenutzung der Bezeichnung "HS Handelsagentur Lieferant von Additiven für die Lebensmittelindustrie" durch die Bekl. als Firmenfortführung gemäß § 25 HGB gewertet.

Der BGH hat in diesem Urteil vom 12.02.2001 außerdem auf sein Urteil vom 04.11.1991 II ZR 85/91 NJW 1992, 911 hingewiesen. Danach liegt eine Firmenfortführung im Sinne des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB schon dann vor, wenn der Verkehr die neue Firma trotz vorgenommener Änderung noch mit der alten identifiziert. Auch in jenem vom BGH entschiedenen Fall ging es nur um eine Änderung hinsichtlich einer vorhandenen Firma. Da im vorliegenden Fall bei T. hinsichtlich der von ihm vorher betriebenen Pizzerien überhaupt keine Firma vorhanden ist, kann es auch nicht um die Frage einer zulässigen Änderung einer Firma gehen. 72

Auch aus dem Beschluss des OLG München vom 30.04.2008 31 Wx 41/08 DB 2008, 1091 ergibt sich kein anderes Ergebnis. In diesem Beschluss hat das OLG München die verschiedenen Auffassungen, die im Rahmen des § 25 Abs. 1 HGB zur Frage der Firmenfortführung vertreten werden, gegenübergestellt. Der Beschluss ist zur Frage der Eintragung eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB ergangen. Bei der Anwendung dieser Vorschrift reichte es aus, die verschiedenen Auffassungen aufzuführen, um deutlich zu machen, dass nicht immer von vornherein mit der erforderlichen Sicherheit einer Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB ausgeschlossen werden kann. In einem solchen Fall sei der Haftungsausschluss eintragungsfähig. Ob eine Haftung des neuen Unternehmensträgers nach § 25 Abs. 1 HGB im konkreten Fall tatsächlich bestehe, sei im Verfahren über die Eintragung eines Haftungsausschlusses nicht abschließend zu beurteilen. 73

In dem hier vorliegenden Fall ist jedoch abschließend über die Frage zu entscheiden, ob hier die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB vorliegen oder nicht. Dies ist – wie oben ausgeführt – hier nicht der Fall. 74

Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO. 75

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit findet seine Rechtsgrundlage in § 151 Abs. 1 FGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 Zivilprozessordnung (ZPO). 76

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE