

Festschrift für Irmgard Griss

Sonderdruck

herausgegeben von
*Brigitte Schenk, Elisabeth Lovrek,
Gottfried Musger und Matthias Neumayr*

2011

ISBN 978-3-902638-38-0

 Jan Sramek Verlag

Inhaltsverzeichnis

PETER APATHY	
Zur Passivlegitimation beim Anspruch auf angemessenes Entgelt gem § 86 Abs 1 UrhG	1
EVELINE ARTMANN	
Das Abmahn(un)wesen	11
CARL BAUDENBACHER	
Einige Gedanken zur Justizialisierung der Rechtsbeziehungen EU-Schweiz	29
WALTER BERKA	
Entschädigungsanspruch und Sonderopfer	51
RAIMUND BOLLENBERGER	
Lauterkeitsrecht und Irrtumsanfechtung	65
JOACHIM BORNKAMM	
Das Verhältnis von Kartellrecht und Lauterkeitsrecht: Zwei Seiten derselben Medaille?	79
KARL-HEINZ DANZL	
»Erhebliche Rechtsfrage« und »Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung«	95
THOMAS EILMANSBERGER	
Die EU-kartellrechtliche Beurteilung von Ausschlusspraktiken auf Sekundärmärkten	133
KARL-HEINZ FEZER	
Schutzgegenstandstheorie	149
HELMUT GAMERITH	
Die »Schwarze Liste« und das nationale Zugabeverbot	161
EDWIN GITSCHTHALER	
Die Verfügungsfrist im Provisorialverfahren	187

CHRISTOPH GRABENWARTER	
Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte des Verzichts auf Übersetzungserfordernisse im europäischen Patentrecht	205
MICHAEL GRUBER	
Der Handelsvertreter im Europäischen Kartellrecht	239
ALFONS GRÜNWARD	
Gedanken zur Markenfähigkeit »exotischer« Zeichen	253
NORBERT GUGERBAUER	
Der neue kartellrechtliche Rahmen für den KFZ-Vertrieb	271
CHRISTIAN HANDIG	
Parodien – »mag man eben«	283
FRIEDRICH HARRER/MATTHIAS NEUMAYR	
Haftung des Unternehmers und Eigenhaftung im Zivilrecht und im Lauterkeitsrecht	297
CLEMENS JABLONER	
Richter im Zwiespalt	315
SIR ROBIN JACOB	
The Convergence of European Intellectual Property Law?	335
ERICH KODEK	
Probleme bei einstweiligen Verfügungen mit Sicherheitsleistung – ein österreichischer Sonderweg als Irrweg?	343
GEORG E. KODEK	
Best efforts, freiwillige Unternehmensveräußerung und Zusammenschlusskontrolle	361
BERNHARD KÖNIG	
Die Nichtrückführbarkeit einstweiliger Verfügungen	389
HANS-GEORG KOPPENSTEINER	
Markenbenutzung	407
GOTTFRIED KORN	
Anonyme Strafanzeige und Verdachtsberichterstattung	427
GABRIELE KOZIOL/HELMUT KOZIOL	
Der Erwerb urheberrechtlicher Lizenzen zwischen Kausalitäts-, Abstraktions- und Einheitsprinzip	443
GUIDO KUCSKO	
Auftragsforschung und Forschungsprivileg	461

ANNETTE KUR	
Die Benutzung im geschäftlichen Verkehr – eine (weitere) »black box« des Markenrechts?	471
ALFRED MAIR	
Soft law als hard facts?	487
BETTINA NUNNER-KRAUTGASSER	
Die Firma in der Insolvenz	505
ANSGAR OHLY	
Blaue Kürbiskerne aus der Steiermark	521
CHRISTIAN ROHNKE	
Verkehrsdurchsetzung und Lösungsverfahren	541
FRIEDRICH RÜFFLER	
Wettbewerb der öffentlichen Hand und UWG – offene Fragen	557
KATHARINA SCHMID	
Kennzeichenbenutzung nach »Céline« – doch keine Einheit der marken- und firmenmäßigen Benutzung?	569
WOLFGANG SCHUHMACHER/GERWIN HAYBÄCK	
Rechtsprobleme der Erteilung eines ergänzenden Schutzzertifikats (SPC) für Arzneimittel	587
GERHARD SCHUMMER	
Urheberrechtliche Fragen beim Unternehmenskauf	623
ELFRIEDE SOLÉ	
Kartellrechtliche Feststellungsbefugnis – cui bono?	639
CLEMENS THIELE	
Namensdomains im österreichischen Kennzeichenrecht	659
MICHEL M. WALTER	
Die Leerkassettenvergütung nach österreichischem Urheberrecht vor dem Hintergrund der »SGAE/Padawan«-Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union	693
CHRISTIANE WENDEHORST	
Die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher	717
ANDREAS WIEBE	
Grenzen der Verwendung von Datensammlungen	735
LOTHAR WILTSCHKE	
Gratis, umsonst, kostenfrei oder ähnlich – Z 20 des Anhangs zum UWG ...	755

HANNO WOLLMANN

**Der »More Economic Approach«, die UWG-Novelle 2007
und deren Bedeutung für das Zusammenspiel
von Lauterkeits- und Kartellrecht** 771

ALFONS ZECHNER

Bühnenregisseur als Urheber 789

BRIGITTA ZÖCHLING-JUD

Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht 821

Die Firma in der Insolvenz

A. Einleitung

Der Firma kommt als (Geschäfts-)Name eines Unternehmers durchwegs große wirtschaftliche Bedeutung zu: Sie ruft in der Öffentlichkeit bestimmte Vorstellungen über den Unternehmer hervor und erlangt dadurch selbst Vermögenswert, zumal mit ihr regelmäßig wirtschaftliche Kenngrößen wie Leistungsangebot, Service oder Kreditwürdigkeit des Unternehmens assoziiert werden.¹ Gerade in der Insolvenz eines Unternehmers ist die Bedeutsamkeit der Firma nicht zu unterschätzen: Soll nämlich das Unternehmen (insb im Rahmen einer übertragenden Sanierung) auf einen neuen Rechtsträger übertragen werden, so stellt sich die Frage der Verwertbarkeit bzw Übertragbarkeit auch hinsichtlich der Firma.

Im Folgenden ist daher – nach einführenden Worten zu Begriff und Rechtsnatur der Firma – auf zwei zentrale Problemstellungen einzugehen, die in der Diskussion oft vermengt werden: Erstens muss der Frage nachgegangen werden, ob die Firma überhaupt in die Insolvenzmasse fällt. Zweitens ist zu klären, inwieweit eine Verwertung der Firma der Zustimmung des namensgebenden (Einzel-)Unternehmers bzw Gesellschafters bedarf. Dabei ist (zumindest darstellungstechnisch) eine Differenzierung zwischen den Firmen von (Einzel-)Unternehmern, von Personen- und von Kapitalgesellschaften geboten.

¹ Vgl *Reich-Rohrwig*, Firma der GmbH, Kundenstock und Wettbewerb durch Gesellschafter, in FS Krejci I (2001) 787 (788); *Steinbeck*, Die Verwertbarkeit der Firma und der Marke in der Insolvenz, NZG 1999, 133.

B. Firmenrechtliche Grundlagen

I. Begriff der Firma

Wenngleich der Begriff der Firma im allgemeinen Sprachgebrauch häufig mit dem Unternehmensbegriff gleichgesetzt wird, ist unter einer Firma nach der Legaldefinition des § 17 Abs 1 UGB nur *der in das Firmenbuch eingetragene Name des Unternehmers, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt* zu verstehen. Die Firma ist also ein *besonderer Name des Unternehmens-trägers* (und nicht des Unternehmens), sie hat insoweit Identifizierungsfunktion.² Nur mittelbar hat die Firma auch im Hinblick auf das Unternehmen an sich Kennzeichnungsfunktion (vgl insb in §§ 22 und 24 UGB sowie § 9 UWG).³ Gelegentlich wird der Begriff »Firma« allerdings auch in der juristischen Terminologie im Sinn von »Unternehmen« verwendet, so etwa in der RL 2006/49/EG über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten sowie in § 3 Abs 3 Z 6 BWG, der von »Wertpapierfirmen oder lokalen Firmen« spricht.

Dem *engen Konnex der Firma zum Unternehmen* trägt der (durch die große Handelsrechtsreform des HaRÄG 2005⁴ inhaltlich nicht veränderte) § 23 UGB Rechnung: Dieser normiert ein *Verbot der Leerübertragung*; die Firma kann demnach nicht ohne das Unternehmen, für welches sie geführt wird, veräußert werden. Eine Firmenübertragung ist vielmehr nur dann zulässig, wenn (zumindest) auch der Unternehmenskern auf einen neuen Rechtsträger übertragen wird.⁵

II. Firmenarten und Firmenbildung

Hinsichtlich der Firmenarten lässt sich zwischen *Personenfirmen*, *Sachfirmen*, *Fantasiefirmen* und *Mischfirmen* unterscheiden: *Personenfirmen* enthalten den bürgerlichen Namen des Unternehmers bzw eines Gesellschafters, *Sachfirmen* beschreiben hingegen den Unternehmensgegenstand. *Fantasiefirmen* lassen weder auf den Namen des Unternehmers bzw eines Gesellschafters noch

- 2 Daher wäre auch eine wiederholte, missbräuchliche Firmenänderung wegen des damit verbundenen Widerspruchs gegen die Identifizierungsfunktion unzulässig: *Heidinger* in Schmidt, MünchKomm HGB I³ (2010) Vor § 17 Rz 28.
- 3 Statt vieler *Schuhmacher/Fuchs* in Straube, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch I⁴ (2009) § 17 Rz 3.
- 4 BGBl I 2005/120.
- 5 Grundlegend RG Rep. I. 312/07 RGZ 68, 294 (295); BGH I ZR 44/71, DB 1972, 2248 = NJW 1972, 2123; s auch *Rohnke*, Firma und Kennzeichen bei der Veräußerung von Unternehmensanteilen, WM 1991, 1405 (1406).

auf den Unternehmensgegenstand schließen. *Mischfirmen* weisen schließlich gewisse Elemente mindestens zweier oben genannter Firmenarten auf.⁶ Mit der durch das HaRÄG 2005 vollzogenen Firmenliberalisierung entfielen viele zuvor zwingende Vorschriften zur Firmenbildung:⁷ Nach der alten Rechtslage mussten Einzelunternehmer eine Namensfirma (mit zumindest einem ausgeschriebenen Vornamen) führen (§ 18 HGB aF); auch Personengesellschaften waren zur Führung einer Namensfirma verpflichtet. Aktiengesellschaften hatten hingegen prinzipiell eine Sachfirma zu führen (§ 4 AktG aF); bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung bestand eine Wahlmöglichkeit zwischen Sach- und Personenfirma (§ 5 Abs 1 GmbHG aF).

Nach der neuen Rechtslage besteht eine ungleich größere Wahlfreiheit bei der Firmenbildung; diese wird lediglich durch die Individualisierungsfunktion der Firma, das Verbot der Irreführung und die zwingende Aufnahme von Rechtsformzusätzen (welche zugleich Auskunft über die Haftungsverhältnisse geben) begrenzt.⁸ Vor allem dürfen nunmehr auch Einzelunternehmer und Personengesellschaften (wie Kapitalgesellschaften) Sachfirmen oder Fantasiefirmen führen; ihre Firmen müssen also nicht mehr zwingend den bürgerlichen Namen des Einzelunternehmers bzw eines Gesellschafters enthalten.⁹ Die tragenden Maximen des Firmenrechts – namentlich die Grundsätze der Firmenwahrheit, der Firmeneinheit sowie der Firmenausschließlichkeit – sind freilich unverändert zu beachten.¹⁰

III. Rechtsnatur der Firma

Die Firma stellt als (besonderer) Name eines Unternehmensträgers ein (absolutes) *Persönlichkeitsrecht* dar; sie genießt dadurch auch den Namensschutz iSd § 43 ABGB.¹¹ Wegen ihrer wirtschaftlichen Funktion als mittelbares Unternehmenskennzeichen weist sie allerdings auch eine *immaterialgüterrechtliche bzw vermögensrechtliche Komponente* auf. Sie wird daher von der hM¹² zutreffend als

6 *Schuhmacher/Fuchs* in Straube, UGB I⁴ Vor § 17 Rz 21.

7 Vgl dazu *Birnbauer*, Das neue Firmenrecht, in Dehn/Krejci (Hrsg), Das neue UGB (2005) 29; *Fuchs*, Das liberalisierte Firmenrecht nach dem Handelsrechts-ÄnderungsG 2005, ÖZW 2009, 86.

8 *Schuhmacher/Fuchs* in Straube, UGB I⁴ Vor § 17 Rz 3.

9 ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 11 ff und 24 f.

10 Siehe dazu *Schuhmacher/Fuchs* in Straube, UGB I⁴ Vor § 17 Rz 24–42.

11 *Posch* in Schwimann, ABGB I³ § 43 ABGB Rz 12 f; *Aicher* in Rummel³ § 43 Rz 3.

12 OGH 4 Ob 303/63, EvBl 1963/292 = ÖBl 1964, 9; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ (1990) 244; *Schuhmacher/Fuchs* in Straube, UGB I⁴ § 17 Rz 4; in der deutschen Lit etwa *Heidinger* in Schmidt, MünchKomm HGB I³ § 17 Rz 42; vgl auch *Flume*, Die Firma als »tradeable Asset«, DB 2008, 2011; abweichend etwa *Holzhammer*, Österreichisches Insolvenzrecht⁵ (1996) 11.

Mischrecht bezeichnet. Insoweit wird auch oft treffend von der »Bifunktionalität« der Firma gesprochen.¹³

C. Insolvenzverfangenheit der Firma

Die »janusköpfige« Rechtsnatur der Firma ist für die Beurteilung ihres Schicksals in der Insolvenz des Unternehmensträgers von zentraler Bedeutung.¹⁴ Die Kernfrage lautet hier zunächst, ob die Firma eines (Einzel-)Unternehmers bzw einer Gesellschaft im Insolvenzfall überhaupt in die Insolvenzmasse fällt. Bei der Beurteilung der Massezugehörigkeit ist zwischen dem immaterialgüterrechtlichen bzw vermögensrechtlichen und dem persönlichkeitsrechtlichen Element der Firma zu unterscheiden: Zumindest die immaterialgüterrechtlichen Elemente der Firma fallen als Vermögensrechte zweifellos in die Masse.¹⁵ Im Hinblick auf die persönlichkeitsrechtlichen Elemente der Firma wird ihre Massezugehörigkeit allerdings zT (offenbar generell) verneint.¹⁶ Dabei muss hinsichtlich der persönlichkeitsrechtlichen Elemente der Firma einer Gesellschaft allerdings unterschieden werden: Das Namensrecht eines namensgebenden Gesellschafters als solches kann freilich nicht in die Masse fallen; zur Diskussion steht nur die Insolvenzverfangenheit des Namensrechts der Gesellschaft selbst (also der Insolvenzschuldnerin).

Die pauschale Ablehnung einer Insolvenzverfangenheit der Firma im Hinblick auf ihr persönlichkeitsrechtliches Element widerspricht freilich nicht nur der erwähnten, für das Wesen der Firma zentralen Bifunktionalität (insb dem Charakter der Firma als mittelbares Unternehmenskennzeichen); auch ist sie angesichts ihrer praktischen Auswirkungen kaum haltbar. Es überrascht daher nicht, dass die Rsp¹⁷, jedenfalls bei Firmen von Kapitalgesellschaften, eine andere Sichtweise vertritt und hier von einer (gesamtheitlichen) Insolvenzver-

13 Etwa *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ (2008) 97.

14 Vgl etwa *Herda* in *Jabornegg/Artmann*, Kommentar zum UGB I² (2010) § 17 Rz 24. Zum Schicksal der Firma in der Insolvenz vgl allgemein etwa *Bokelmann*, Die Firma im Konkursverfahren, KTS 1982, 27; *Emmrich*, Das Firmenrecht im Konkurs (1992); *Raffel*, Die Verwertbarkeit der Firma im Konkurs (1994); *Steinbeck*, Die Verwertbarkeit der Firma und der Marke in der Insolvenz, NZG 1999, 133; *Schultze*, Die Änderung des Firmennamens bei drohender Insolvenz, DZWIR 2005, 56.

15 Vgl auch *S. Korinek*, Anm zu OGH 6 Ob 45/00m, *ecolex* 2000/349, 881.

16 Gegen eine Massezugehörigkeit etwa *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵ 11; vgl auch *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ (2000) § 1 Rz 83.

17 OGH 6 Ob 4/83, SZ 56/65 = HS 15.130; 4 Ob 311/00i, *ecolex* 2001/153, 454 (*Zehetner*) = ZIK 2001/204, 123; 6 Ob 145/02w, *ecolex* 2003/211, 529 = EvBl 2003/122 = GesRZ 2003, 168 = RdW 2003/375, 446 = ZIK 2003/130, 95 = GBU 2003/06/05; RIS-Justiz RS0061932.

fangenheit der Firma ausgeht; der Insolvenzverwalter hat daher die alleinige Befugnis, gegen Firmenmissbrauch vorzugehen.¹⁸

ME sprechen darüber hinaus gute Gründe dafür, auch bei Firmen von (Einzel-)Unternehmern und von Personengesellschaften eine generelle Massezugehörigkeit der Firma anzunehmen: Für dieses Ergebnis lässt sich va eine Parallele zu der (die Anwendbarkeit der Exekutionsbeschränkungen der EO in der Insolvenz betreffenden) Judikatur ziehen,¹⁹ wonach das Unternehmen stets in seiner Gesamtheit insolvenzunterworfen ist. Insolvenzfremde Unternehmensteile sind folgerichtig abzulehnen, zumal der Zweck solcher Exekutionsbeschränkungen, die auf die Erhaltung der Existenzgrundlage des Schuldners in der Einzelexekution abzielen, im Insolvenzbereich mit seinem System der Unternehmensfortführung gerade nicht verfängt. Diesem Grundgedanken entsprechend ist es konsequent, auch die Firma *gesamtheitlich* als *insolvenzverfangen* zu betrachten. Diese Ansicht wird auch in der deutschen Literatur vertreten.²⁰ Die Insolvenzfremdenheit der Firma scheidet daher ungeachtet des Wortlauts des § 2 Abs 2 IO auch nicht daran, dass die Firma als solche im Hinblick auf § 23 UGB nicht der Einzelexekution unterliegt, weil sie ohne das Unternehmen nicht übertragen werden kann, das Unternehmen als Ganzes aber nicht pfändbar ist.²¹ Auch insoweit ist nämlich auf die insolvenzspezifische Systematik der Unternehmensfortführung und -verwertung abzustellen, die eine gesamtheitliche Insolvenzfremdenheit des Unternehmens samt der Firma gebietet.

Im Ergebnis sind daher nicht nur Sach- und Fantasiefirmen, sondern auch Personenfirmen bzw persönlichkeitsrechtliche Elemente aufweisende Mischfirmen insolventer Unternehmensträger in ihrer Gesamtheit *Bestandteile der Insolvenzmasse*.

18 So für eine Sachfirma OGH 6 Ob 4/83, SZ 56/65 = HS 15.130; RIS Justiz RS0061932.

19 OGH 2 Ob 732/55, SZ 29/82.

20 Siehe etwa *Hirte* in Uhlenbruck, Insolvenzzordnung¹³ (2010) § 35 Rz 275; *Henckel* in Jaeger, Insolvenzzordnung I (2004) § 35 Rz 20, jeweils mwN.

21 Vgl zum deutschen Recht *Henckel* in Jaeger, Insolvenzzordnung I § 35 Rz 20.

D. Firmenübertragung und Verfügung über die Firma im Insolvenzverfahren

I. Allgemeines

Bejaht man die grundsätzliche Insolvenzverfangenheit der Firma, so stellt sich in weiterer Folge die Frage, inwieweit eine *Firmenübertragung und -verwertung anlässlich einer Unternehmensübertragung* im Rahmen eines Insolvenzverfahrens oder eine *anderweitige Verfügung* über die Firma (zB die Gestattung ihres Gebrauchs für den Verkauf der Insolvenzware) durch den Insolvenzverwalter zulässig ist. Insb muss geklärt werden, ob der Verwalter die Firma ohne Weiteres *mit dem Unternehmen übertragen oder anderweitig über sie verfügen kann*, oder ob er dafür die Zustimmung des Insolvenzschuldners bzw des namensgebenden (Einzel-)Unternehmers oder Gesellschafters braucht. Insoweit ist nämlich – was gelegentlich übersehen wird – zwischen dem Erfordernis einer allfälligen *Zustimmung des Insolvenzschuldners* – also des Unternehmensträgers – und demjenigen einer *Zustimmung des Namensgebers* (die freilich bei Gesellschaften nicht ident sind) zu unterscheiden: Während eine Zustimmung des Insolvenzschuldners (Unternehmensträgers) nicht nur bei Personen- und ggf bei Mischfirmen, sondern auch bei reinen Sach- und Fantasiefirmen zum Tragen kommen könnte, kann das Erfordernis einer Zustimmung des Namensgebers nur bei Personenfirmen und allenfalls bei Mischfirmen eine Rolle spielen. Festgehalten sei, dass die bei dieser Problematik zentralen persönlichkeitsrechtlichen Firmenelemente jedenfalls nur dann betroffen sind, wenn eine Firma (auch) den Namen einer natürlichen Person – in concreto: des insolventen (Einzel-)Unternehmers oder eines namensgebenden Gesellschafters – enthält.²² Der namensgebende (Einzel-)Unternehmer bzw Gesellschafter könnte nämlich ein vitales Interesse daran haben, eine Firmenübertragung abzuwenden, um so die (Fremd)Kommerzialisierung seines Namens zu verhindern.

Vor einer Analyse der firmenrechtlichen Problematik ist die *Befugnis zur Unternehmens- und Firmenverwertung* nach der Rechtslage seit dem IRÄG 2010²³ klarzulegen: Im *Konkursverfahren* und im *Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung* fällt die Verwertung des Unternehmens (und damit auch der Firma) in die *Primärkompetenz des Masseverwalters*; zusätzlich bedarf die Unternehmensveräußerung gem § 117 Abs 1 Z 1 IO der Genehmigung eines bestellten Gläubigerausschusses und des Insolvenzgerichts. Im *Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung* ist die Unternehmensveräußerung gem § 172 Abs 1 Z 4 iVm § 117 Abs 1

22 H. Oetker, Handelsrecht⁶ (2010) § 4 Rz 15.

23 BGBl I 2010/29.

Z 1 IO dem *Sanierungsverwalter* vorbehalten; zur Verwertung braucht er allerdings (neben den Genehmigungen iSd § 117 Abs 1 Z 1 IO) auch die *Zustimmung des eigenverwaltenden Insolvenzschuldners* (§ 172 Abs 3 Satz 2 IO). Das betrifft auch die (*Mit-*)*Verwertung der Firma anlässlich einer Unternehmensübertragung*; auch sie bedarf daher im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung jedenfalls – unabhängig davon, ob es sich um eine Personen- Fantasie-, Sach- oder Mischfirma handelt – der *Zustimmung des Insolvenzschuldners*. Offen bleibt aber auch hier, inwieweit ggf eine (zusätzliche) Zustimmung des Namensgebers im Hinblick auf sein Persönlichkeitsrecht vonnöten ist.

Vorauszuschicken ist weiters, dass das in § 23 UGB normierte *Verbot der Leerübertragung* einer Firma auch im Insolvenzfall gilt. Eine Verwertung nur der Firma (ohne das Unternehmen) kommt also keinesfalls in Frage; daher unterliegt die Firma (die – wie erwähnt – für sich allein kein taugliches Exekutionsobjekt darstellt) auch keiner gesonderten Verwertung durch den Insolvenzverwalter.²⁴ Allerdings darf das maßgebende Kriterium der Übertragung (wenigstens) des Unternehmenskerns gerade bei Veräußerungen im Insolvenzfall nicht engherzig ausgelegt werden, um eine Verwertung (auch) des »good will« nicht unnötig zu erschweren.²⁵

II. Meinungsstand

Die Auffassungen über das Zustimmungserfordernis des Insolvenzschuldners bzw des Namensgebers für Firmenübertragungen anlässlich von Insolvenzverfahren gingen bereits vor der Firmenliberalisierung durch das HaRÄG auseinander:²⁶ Ein Teil der älteren Judikatur und Lehre verlangte hier in allen Fällen die Zustimmung des Namensinhabers.²⁷ Nach einer »abgemilderten« Auffassung wurde die Einwilligung des (namensgebenden) Insolvenzschuldners (nur) dann für notwendig erachtet, wenn die Firma seinen bürgerlichen Namen enthielt.²⁸ Diese Ansicht herrschte auch in der älteren deutschen Rsp

24 *Schuhmacher/Fuchs* in Straube, UGB I⁴ § 17 Rz 22.

25 *Schuhmacher/Fuchs* in Straube, UGB I⁴ § 23 Rz 3 unter Verweis auf BGH I ZR 14/89, NJW 1991, 1353, wo für die Insolvenzabwicklung sogar eine zeitlich begrenzte Doppelverwendung einer Bezeichnung in derselben Branche für zulässig erachtet wurde; vgl auch *Heidinger* in *Schmidt*, MünchKomm HGB I³ § 23 Rz 7 ff.

26 Hierzu ausführlich *Schuhmacher/Fuchs* in Straube, UGB I⁴ § 17 Rz 12 mwN.

27 OLG Wien 2 R 20/34, AnwZ 1934, 263; OLG Wien 4 R 136/50, NZ 1951, 92; *Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz I³ (1937) § 1 Anm 15; aus der neueren Lehre vgl *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 1 Rz 83.

28 *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 505; *Aicher* in *Rummel*³ § 43 Rz 15; *Fromherz* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB (1997) § 22 Rz 15; vgl auch (obiter) OLG Wien 4 R 263/52, NZ 1953, 95.

vor, die hier eine Güterabwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Insolvenzschuldners und den Gläubigerinteressen vornahm.²⁹ In der Lehre wurde zT jedoch auch einem alleinigen Verfügungsrecht des Insolvenzverwalters über die Firma selbst für den Fall das Wort geredet, dass die Firma (zwangsläufig) den Namen des Insolvenzschuldners enthielt.³⁰ In weiterer Folge verneinte die neuere (österreichische und deutsche) Rsp allerdings bei Firmen von Kapitalgesellschaften bereits das Erfordernis einer Zustimmung des Namensgebers zur Firmenübertragung.³¹ Bei Personengesellschaften wurde (ebenso wie bei Einzelunternehmern) hingegen durchwegs weiterhin die Zustimmung des namensgebenden Unternehmers bzw Gesellschafters verlangt.³²

Die durch das HaRÄG 2005 erzielte Firmenliberalisierung hat die Frage, ob eine Firmenübertragung bzw eine Verfügung über die Firma durch den Insolvenzverwalter einer Zustimmung durch den Insolvenzschuldner bedarf, jedenfalls nicht explizit beantwortet.³³ Dementsprechend besteht hier nach wie vor Uneinigkeit; unklar ist die Rechtslage va bei insolventen Einzelunternehmern und Personengesellschaften.³⁴

Im Folgenden soll daher die Frage nach der Notwendigkeit einer Zustimmung des Insolvenzschuldners bzw des Namensgebers für die Firmenübertragung bzw die Verfügung über die Firma zunächst in der Insolvenz von Kapitalgesellschaften und danach in der Insolvenz von Einzelunternehmern und Personengesellschaften analysiert werden.

29 BGH I ZR 159/58, BGHZ 32, 103 (111).

30 *Jaeger/Weber* in Jaeger, Konkursordnung II/2⁸ (1973) §§ 207, 208 Anm 33; *Bokelmann*, KTS 1982, 27 ff; *K. Schmidt* in Kilger, Insolvenzgesetze¹⁷ (1997) § 1 Anm 2 D c bb); für Österreich vgl *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ (1983) 663.

31 OGH 6 Ob 4/83, SZ 56/65 = HS 15.130; 6 Ob 45/00m, ARD 5313/33/2002 = ecolex 2000/349, 881 (*S. Korinek*) = GBU 2000/09/01 = RdW 2000/447, 476 = wbl 2000/291, 423 = ZIK 2001/64, 123; 6 Ob 145/02w, ecolex 2003/211, 529 = EvBl 2003/122 = GBU 2003/06/05 = GesRZ 2003, 168 = RdW 2003/2003, 446 = ZIK 2003/211, 95; zur entsprechenden deutschen Rsp BGH II ZR 51/82, BGHZ 85, 221 = DB 1983, 276 = WM 1983, 149; BGH I ZR 17/88, BGHZ 109, 364; vgl auch *Hüffer* in Staub, Großkommentar zum HGB I⁴ (1995) § 22 Rz 35 ff.

32 *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 259; zum deutschen Recht vgl etwa *Emmrich*, Firmenrecht 63 ff.

33 Entsprechendes gilt im Übrigen auch für die deutsche Handelsrechtsreform durch das Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsreformgesetz-HRefG) vom 3.4.1998, dBGBI I S 1474, der eine gewisse (wenn auch eingeschränkte) Vorbildfunktion für die österreichische Reform zukam.

34 Vgl dazu *Fuchs*, ÖZW 2009, 90; *Schuhmacher/Fuchs* in Straube, UGB I⁴ § 17 Rz 13; zur entsprechenden Problematik in Deutschland nach dem HRefG 1998 zB *Henckel* in Jaeger, Insolvenzordnung I § 35 Rz 20; *H. Oetker*, Handelsrecht⁶ 76 ff; *Hirte* in Uhlenbruck, Insolvenzordnung¹³ § 35 Rz 379.

III. Firmen von Kapitalgesellschaften

1. Erfordernis der Zustimmung des Insolvenzschuldners bzw des Namensgebers zur Firmenübertragung?

Hinsichtlich der Verwertung der Firma einer Kapitalgesellschaft ist – wie erwähnt – zwischen dem Erfordernis einer allfälligen *Zustimmung des Insolvenzschuldners bzw Unternehmensträgers* – also der Gesellschaft selbst, vertreten durch ihre Organe – und dem Erfordernis einer *Zustimmung des namensgebenden Gesellschafters* zu unterscheiden.

Abgesehen von dem bereits angesprochenen Sonderfall der Verwertung im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung³⁵ muss der Insolvenzverwalter für eine Firmenverwertung bzw eine Verfügung über die Firma jedenfalls nicht die *Zustimmung der vertretungsbefugten Organe der insolventen Kapitalgesellschaft* einholen: Zum einen hat die Kapitalgesellschaft selbst kein Persönlichkeitsrecht an ihrer Firma.³⁶ Zum anderen nehmen zwar die Organe weiterhin ihre Funktionen wahr, allerdings nur hinsichtlich der (Rest-)Kompetenzen, die nicht vom Insolvenzbereich verdrängt werden und deren Ausübung die Insolvenzzwecke nicht konterkarieren.³⁷ Gesellschafterbeschlüsse sind daher nur soweit zulässig, als sie keine Auswirkungen auf die Insolvenzmasse haben;³⁸ die insolvenzverfangenen Vermögensrechte der Gesellschaft werden hingegen vom Insolvenzverwalter wahrgenommen.³⁹ Daraus ist – mit Rücksicht auf die Massezugehörigkeit der Firma – jedenfalls eine *Befugnis des Insolvenzverwalters zur Veräußerung des Unternehmens samt der Firma auch ohne die Zustimmung der vertretungsbefugten Organe der insolventen Kapitalgesellschaft* abzuleiten.⁴⁰ Zu diesem Ergebnis kommt auch der OGH in seiner Entscheidung 6 Ob 45/00m⁴¹, der die Veräußerung des Unternehmens einer formell insolventen Aktiengesellschaft durch den Insolvenzverwalter zu Grunde liegt. In dieser E sah es der 6. Senat nicht als nachteilig an, dass der Masseverwalter für eine Übertragung der Firma keine Zustimmung der Insolvenzschuldnerin eingeholt hatte. Damit wird implizit anerkannt, dass das Recht zur Führung der Firma im geschäftlichen

35 S oben D.I.

36 Henckel in Jaeger, Insolvenzordnung I § 35 Rz 25 mwN.

37 OGH 1 Ob 567/94, SZ 67/168 = HS 25.218 = ecolex 1995, 812 = NZ 1995, 165.

38 OGH 6 Ob 28/94, ecolex 1995, 100 = EvBl 1995/122 = NZ 1995, 212 = ZIK 1995, 61.

39 Zehetner in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG (2010) § 84 Rz 46; Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz – Kommentar³ (2007) § 84 Rz 11 mwN.

40 So auch S. Korinek, Anm zu OGH 6 Ob 45/00m, ecolex 2000/349, 881; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht¹ 663.

41 ARD 5313/33/2002 = ecolex 2000/349, 881 (S. Korinek) = GBU 2000/09/01 = RdW 2000/447, 476 = wbl 2000/291, 423 = ZIK 2001/64, 123.

Verkehr einen Vermögenswert darstellt, dessen Verwaltung ausschließlich dem Insolvenzverwalter obliegt.⁴²

Etwas heikler ist die Frage, ob der Insolvenzverwalter für die Verwertung einer (Personen- oder Misch-)Firma, die den Namen eines Gesellschafters enthält, bzw für eine Verfügung über eine solche Firma die *Zustimmung des Namensgebers* benötigt. Zu dieser Problematik hat der OGH bereits in seiner E 6 Ob 4/83⁴³ Stellung bezogen: Danach ist der Masseverwalter befugt, das zur Masse gehörende Unternehmen samt der Firma einer Kapitalgesellschaft auch ohne Zustimmung des namensgebenden Gesellschafters zu veräußern. Diese Rechtsansicht bestätigte er in den beiden Folgeentscheidungen 6 Ob 45/00m⁴⁴ und 6 Ob 145/02w⁴⁵. Dem entspricht die Auffassung der deutschen Judikatur⁴⁶, die in solchen Fällen (bereits vor der Handelsrechtsreform 1998) keine Zustimmung des namensgebenden Gesellschafters verlangte. Dahinter steht der Grundgedanke, dass bei der Firmenbildung einer Kapitalgesellschaft bereits vor der Liberalisierung des Firmenrechts durch das HaRÄG 2005 (bzw das deutsche HRefG 1998) *keine Verpflichtung zur Verwendung des bürgerlichen Namens eines Gesellschafters* bestanden hat: Weder bei der Gründung einer AG⁴⁷ noch bei der Gründung einer GmbH⁴⁸ musste eine Personenfirma gebildet werden. Habe ein Gesellschafter aber einmal seinen bürgerlichen Namen in das Gesellschaftsvermögen eingebracht, so habe er damit auch die Dispositionsbefugnis über diesen verloren.⁴⁹

Auch nach dem In-Kraft-Treten des liberalisierten Firmenrechts besteht bei Kapitalgesellschaften keinesfalls ein Zwang zur Überlassung eines bürgerlichen Namens zum Zweck der Firmenbildung. Stellt ein Gesellschafter gleichwohl freiwillig seinen Namen zur Verfügung, so kapitalisiert er diesen damit was gleichzeitig eine Art »Verfügungsverlust« bewirkt: Der Namensgeber kann die Verwertung der insolvenzverfangenen Firma mit dem Unternehmen dann konsequenterweise nicht mehr durch ein Versagen seiner Einwilligung blockieren.⁵⁰

42 S. Korinek, Anm zu OGH 6 Ob 45/00m, ecolex 2000/349, 881.

43 SZ 56/65 = HS 15-130.

44 ARD 5313/33/2002 = ecolex 2000/349, 881 (S. Korinek) = GBU 2000/09/01 = RdW 2000/447, 476 = wbl 2000/291, 423 = ZIK 2001/64, 123.

45 ecolex 2003/211, 529 = EvBl 2003/122 = GBU 2003/06/05 = GesRZ 2003, 168 = RdW 2003/375, 446 = ZIK 2003/130, 95.

46 BGH II ZR 51/82, BGHZ 85, 221, 224 = DB 1983, 489 = WM 1983, 149.

47 Zur alten Rechtslage s *Geist* in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum AktG II⁴ (2010) § 4 Rz 15.

48 Zur alten Rechtslage s *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹ 19 ff.

49 Statt vieler s *Henckel* in Jaeger, Insolvenzordnung I § 35 Rz 25, der darauf hinweist, dass der Namensgeber einer Veräußerung des Unternehmens mit der Firma auch außerhalb des Insolvenzverfahrens nicht widersprechen könne.

50 So auch die deutsche hA: Etwa *Bäuerle* in Braun, Insolvenzordnung (InsO)⁴ (2010) § 35 Rz 54; *Heidinger* in *Schmidt*, MünchKomm HGB I³ § 22 Rz 81; *Lwowski/Peters* in Kirchhof/Lwowski/Stürner, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung I¹ (2007) § 35 Rz 489.

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass die alleinige *Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters durch die persönlichkeitsrechtlichen Elemente der Firma einer Kapitalgesellschaft nicht eingeschränkt* wird.

2. Exkurs: Befugnis des Insolvenzverwalters zur Bildung einer Ersatzfirma bzw zur Anfügung eines Liquidationszusatzes

Die bereits erwähnte E 6 Ob 45/00m⁵¹ ist auch unter einem anderen Blickwinkel näher zu beleuchten: Im Zuge der Veräußerung des Unternehmens der insolventen AG erteilte der Insolvenzverwalter dem Erwerber gemäß § 22 Abs 1 HGB aF (dem entspricht nunmehr § 22 Abs 1 UGB) die Zustimmung zur Fortführung der bisherigen Firma. Die Kernfrage lautete hier primär, ob es bei einer Veräußerung des Schuldnerunternehmens durch den Insolvenzverwalter samt Fortführung der Firma durch den Erwerber im Hinblick auf § 30 HGB aF (dem entspricht nunmehr § 29 UGB) zulässig ist, dass der Insolvenzschuldner seine bisherige Firma für die Dauer der zeitlich befristeten Abwicklung des (eingestellten) Geschäftsbetriebs weiter benutzt. Dies wurde im Hinblick auf die Täuschungsgefahr nur für den Fall bejaht, dass der Firma des Insolvenzschuldners während der zeitlich befristeten Abwicklung ein Liquidationszusatz hinzugefügt wird. In praxi kommen daher (sofern der Erwerber nicht im Hinblick auf § 29 UGB seinen firmenbuchrechtlichen Sitz in eine andere Gemeinde verlegt) zwei Varianten in Betracht: Der Insolvenzschuldner kann entweder seiner bisherigen Firma einen Liquidationszusatz anfügen oder aber eine Ersatzfirma bilden. Insoweit ist allerdings zu klären, ob der Insolvenzverwalter überhaupt eigenständig zur Firmenänderung befugt ist, oder ob eine solche (wie außerhalb einer Insolvenz) in die Zuständigkeit der Gesellschaftsorgane fällt. Die hL in Deutschland⁵² tritt diesbezüglich für eine eigenständige Befugnis des Insolvenzverwalters zur Firmenänderung auch ohne Mitwirkung der Gesellschaftsorgane ein. Das ist insofern bemerkenswert, als die Firma einen notwendigen Mindestinhalt der Satzung bzw des Gesellschaftsvertrags darstellt (vgl für Österreich § 17 Z 1 AktG⁵³ und § 4 Abs 1 Z 1 GmbHG⁵⁴) und eine Firmenänderung

51 ARD 5313/33/2002 = ecolex 2000/349, 881 (*S. Korinek*) = GBU 2000/09/01 = RdW 2000/447, 476 = wbl 2000/291, 423 = ZIK 2001/64, 123.

52 *Burgard* in Staub, Großkommentar zum HGB I⁵ (2009) § 22 Rz 57f; *Heidinger* in Schmidt, MünchKomm HGB I³ § 22 Rz 88 mwN; *Hüffer*, Aktiengesetz⁹ (2010) § 264 Rz 10, 11; vgl auch *Henckel* in Jaeger, Insolvenzordnung I § 35 Rz 25; *Hirte* in Uhlenbruck, Insolvenzordnung¹³ § 35 Rz 302 mwN.

53 *Geist* in Jabornegg/Strasser, AktG II⁴ § 4 Rz 10; *Jabornegg* in Jabornegg/Strasser, AktG II⁴ § 17 Rz 1.

54 *Aicher/Feltl* in Straube, GmbHG § 4 Rz 7; *Koppensteiner* in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 4 Rz 3.

daher eine (an sich nicht in die Kompetenz des Insolvenzverwalters fallende) Änderung der Satzung bzw des Gesellschaftsvertrages erfordert.⁵⁵

Dieser Ansicht ist dennoch zu folgen: Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über eine Kapitalgesellschaft bringt nämlich eine erhebliche Beschneidung der Befugnisse der Gesellschaftsorgane mit sich, daher sind auch Gesellschafterbeschlüsse (nur mehr) insoweit zulässig, als sie keine Auswirkungen auf die Insolvenzmasse haben.⁵⁶ Eine Änderung der (wie erwähnt insolvenzverfangenen) Firma berührt die Insolvenzmasse aber zweifellos. Berücksichtigt man zudem, dass der Insolvenzverwalter auch in sonstigen Fällen befugt ist, an sich originäre Gesellschafterbefugnisse auszuüben (man denke etwa an die Einforderung von Einzahlungen auf Stammeinlagen, an die Kündigung von Geschäftsführer- bzw Vorstandsdienstverträgen oder insb an die – im Zusammenwirken mit Gläubigerausschuss und Insolvenzgericht vorzunehmende – Unternehmensveräußerung selbst),⁵⁷ so muss der Insolvenzverwalter auch in Österreich als berechtigt angesehen werden, selbst einen Liquidationszusatz zur Firma oder eine Ersatzfirma zu beschließen und zum Firmenbuch anzumelden.⁵⁸

Abweichendes gilt allerdings auch diesbezüglich für *das Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung*: Da die Beifügung eines Liquidationszusatzes bzw die Bildung einer Ersatzfirma eine Rechtshandlung darstellt, die nicht zum gewöhnlichen Unternehmensbetrieb gehört, fällt eine solche Maßnahme zwar in die Primärkompetenz des eigenverwaltenden Schuldners (also der Gesellschaft, vertreten durch ihre Organe); zusätzlich ist jedoch die Genehmigung des Sanierungsverwalters nötig (§ 171 Abs 1 IO).

IV. Firmen von Einzelunternehmern und Personengesellschaften

Nach wie vor offen ist, ob die für die Rechtslage bei Kapitalgesellschaften geltenden Grundsätze auch auf die Verwertung der Firmen von Einzelunternehmern und Personengesellschaften anwendbar sind. Auch hier ist – namentlich bei den Personengesellschaften – zwischen dem Erfordernis einer allfälligen *Zustimmung des Insolvenzschuldners bzw Unternehmensträgers* – also der vertretungs-

55 S. *Bydlinski/Potyka* in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ (2010) § 145 Rz 17; *Rauter/Milchrahm* in Straube, GmbHG § 49 Rz 29; *Koppensteiner* in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 49 Rz 4.

56 Vgl OGH 6 Ob 28/94, ecolex 1995, 100 = EvBl 1995/122 = NZ 1995, 212 = ZIK 1995, 61; s auch OGH 1 Ob 567/94, SZ 67/168 = HS 25,218 = ecolex 1995, 812 = NZ 1995, 165.

57 *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹, 663; *Koppensteiner* in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 84 Rz 11.

58 *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹, 663.

befugten Gesellschafter für die Personengesellschaft – und dem Erfordernis einer *Zustimmung des Namensgebers* zu unterscheiden.

Hinsichtlich einer allfälligen *Zustimmung der vertretungsbefugten Gesellschafter für die Personengesellschaft* kann im Wesentlichen auf das zur Kapitalgesellschaft Gesagte verwiesen werden: Zum einen wird auch bei Personengesellschaften ein Persönlichkeitsrecht der Gesellschaft selbst an ihrer Firma zu verneinen sein.⁵⁹ Zum anderen nimmt der Insolvenzverwalter auch hier die insolvenzverfangenen Vermögensrechte der Gesellschaft wahr.⁶⁰ Schon im Hinblick auf die Massezugehörigkeit der Firma ist daher jedenfalls eine *Befugnis des Insolvenzverwalters zur Veräußerung des Unternehmens samt der Firma auch ohne die Zustimmung der vertretungsbefugten Gesellschafter der insolventen Personengesellschaft* anzunehmen. Besonderes gilt wiederum im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung: In diesem benötigt der Sanierungsverwalter zur Verwertung der Firma samt dem Unternehmen (neben den Genehmigungen iSd § 117 Abs 1 Z 1 IO) auch die *Zustimmung des eigenverwaltenden Insolvenzschuldners* (§ 172 Abs 3 Satz 2 IO), mithin der vertretungsbefugten Gesellschafter der insolventen Personengesellschaft.

Die schwierigere (und dementsprechend umstrittene) Frage lautet aber, ob bei einer Verwertung der Firma mit dem Unternehmen jedenfalls (auch) die *Zustimmung des Namensgebers* im Hinblick auf sein Persönlichkeitsrecht eingeholt werden muss. Insoweit sei daran erinnert, dass ein Einzelunternehmer⁶¹ nach der alten Rechtslage vor dem In-Kraft-Treten des HaRÄG 2005 (bzw des deutschen HRefG 1998) gezwungen war, seinen Vor- und Zunamen in den Firmenwortlaut aufzunehmen. Auch die Firmenbildung bei Personengesellschaften⁶² war notwendigerweise namensbezogen (wenn auch nur im Hinblick auf den Nachnamen). Vor diesem Hintergrund vertrat die hM⁶³ die Auffassung, dass die Verwertung der Firmen von Einzelunternehmern oder von Personengesellschaften aufgrund der persönlichkeitsrechtlichen Firmenelemente grundsätzlich von der Zustimmung des Einzelunternehmers bzw des namensgebenden Gesellschafters

59 Vgl oben Fn 36.

60 *Zehetner* in Straube, GmbHG § 84 Rz 46; *Koppensteiner* in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 84 Rz 11 mwN.

61 Vgl *Schuhmacher* in Straube, HGB I³ § 18 Rz 1.

62 Vgl *Schuhmacher* in Straube, HGB I³ § 19 Rz 1 ff; zur alten deutschen Rechtslage siehe *Roth* in Koller/Roth, HGB² (1999) § 19 Rz 2, 4.

63 *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 259; *Schuhmacher* in Straube, HGB I³ § 17 Rz 3 mwN; vgl auch *Buchegger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 1 Rz 83; offen lassend OGH 4 Ob 84/01h, wbl 2001/317, 536 = ZIK 2002/25, 18. Für Deutschland vgl BGH I ZR 17/88, BGHZ 109, 364 ff; *Heidinger* in Schmidt, MünchKomm HGB I³ § 22 Rz 79, 80; *Lwowski/Peters* in Kirchhof/Lwowski/Stürner, MünchKomm InsO I³ § 35 Rz 492 f; *Emmrich*, Firmenrecht 63 ff.

abhänge.⁶⁴ Denn der bürgerliche Name weise in tiefere Lebensbeziehungen des Menschen als die rein vermögensrechtlichen;⁶⁵ außerdem solle das Insolvenzrecht dem Schuldner nicht die Möglichkeit erschweren, sich durch Neugründung eines Unternehmens unter seinem Namen eine wirtschaftliche Existenz aufzubauen.⁶⁶ ZT wurde allerdings auch bereits nach der alten Rechtslage ein Zustimmungserfordernis des Namensgebers verneint.⁶⁷

Seit der Firmenliberalisierung durch das HaRÄG 2005 (bzw das deutsche HRefG) muss nunmehr – wie erwähnt⁶⁸ – der bürgerliche Name für die Bildung der Firma von Einzelunternehmern und Personengesellschaften nicht mehr zwingend zur Verfügung gestellt werden; vielmehr dürfen auch Einzelunternehmer und Personengesellschaften reine Sach- oder Fantasiefirmen führen. Gleichwohl ist die Frage eines Zustimmungserfordernisses des Namensgebers für die Firmenverwertung durch den Insolvenzverwalter strittig.

Insoweit werden *Parallelen zum Zustimmungsrecht des namensgebenden Gesellschafters gem § 24 Abs 2 UGB* gezogen: Danach bedarf es bei Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, zur Fortführung der Firma der ausdrücklichen Einwilligung des Gesellschafters oder seiner Erben. Diese Norm wurde vor der Firmenliberalisierung für Kapitalgesellschaften (wegen der Freiwilligkeit der Bereitstellung des Namens zur Firmenbildung) teleologisch reduziert, sodass er nur auf Personengesellschaften und Einzelunternehmen Anwendung fand.⁶⁹ Seit der Firmenliberalisierung wird die teleologische Reduktion zT auf Personengesellschaften ausgedehnt, sodass § 24 Abs 2 UGB im Ergebnis als materiell derogiert anzusehen sei.⁷⁰ Eine abweichende Stellungnahme spricht sich für ein Beibehalten der bisherigen Differenzierung zwischen Firmen von Kapitalgesellschaften einerseits und Firmen von Einzelunternehmern bzw Personengesellschaften andererseits aus.⁷¹ Eine dritte Meinung will wiederum das Zustimmungserfordernis des § 24 Abs 2 UGB sowohl auf Per-

64 Anderes gelte allerdings für die Übertragung der Firma einer GmbH & Co KG; BGH I ZR 17/88, BGHZ 109, 364 ff.

65 BGH I ZR 17/88, BGHZ 109, 364 ff; siehe auch *Schuhmacher* in Straube, Handelsgesetzbuch I³ § 17 Rz 3.

66 Vgl *Heidinger* in *Schmidt*, MünchKomm HGB I³ § 22 Rz 79; *Lwowski/Peters* in Kirchhof/Lwowski/Stürner, MünchKomm InsO I² § 35 Rz 493; *Schuhmacher* in Straube, HGB I³ § 17 Rz 3.

67 *Jaeger/Weber* in Jaeger, Konkursordnung II/2⁸ §§ 207, 208 Anm 33; *Bokelmann*, KTS 1982, 53 ff; *K. Schmidt* in Kilger, Insolvenzgesetze¹⁷ (1997) § 1 Anm 2 D c bb).

68 S oben B.II.

69 *Schuhmacher* in Straube, UGB I⁴ § 24 Rz 14a mwN.

70 Hierzu Stellung nehmend *Fuchs*, Zustimmungsrecht des namensgebenden Gesellschafters zur Firmenfortführung? – Änderungen durch die Firmenliberalisierung, NZ 2010, 129 (130), der einen Restanwendungsbereich des § 24 Abs 2 UGB für nach altem Recht gebildete Personenfirma sieht; *Heidinger* in *Schmidt*, MünchKomm HGB³ § 24 Rz 4 f.

71 *Canaris*, Handelsrecht²⁴ (2006) § 10 Rz 52; *Henckel* in Jaeger, Insolvenzordnung I § 35 Rz 25 f.

sonen- als auch auf Kapitalgesellschaften anwenden.⁷² Zuzustimmen ist jedenfalls der Ansicht, dass aus dem Zustimmungsrecht des § 24 Abs 2 UGB nicht ohne Weiteres Erkenntnisse für das Schicksal der Firma im Insolvenzfall gewonnen werden können, weil dabei ein besonderes Spannungsverhältnis zwischen dem Persönlichkeitsrecht am Namen und den Gläubigerinteressen besteht.⁷³ Gerade die Bedachtnahme auf das tradierte Hauptziel eines Insolvenzverfahrens – die bestmögliche Gläubigerbefriedigung unter Knappheitsbedingungen – spricht hier jedoch für ein Zurücktreten der Individualinteressen am Namen.

Mit dem Wegfall der zwingenden Verwendung des bürgerlichen Namens für die Bildung der Firmen von Einzelunternehmern und von Personengesellschaften wurde auch der firmenrechtliche »Unterbau« für ein Zustimmungserfordernis des Namensgebers bei Firmenübertragungen im Zuge eines Insolvenzverfahrens jedenfalls hinsichtlich von »Neufirmen« – also von Firmen, die bereits nach den Bestimmungen des UGB gebildet wurden – beseitigt. Eine Differenzierung zwischen der Behandlung der Firmen von Kapitalgesellschaften einerseits und Einzelunternehmern sowie Personengesellschaften andererseits ist insoweit nicht mehr zu rechtfertigen. Wird daher der Name eines Einzelunternehmers bzw eines Gesellschafters (freiwillig) in den Firmenwortlaut aufgenommen, so bewirkt das eine Kommerzialisierung des Namens ohne gesetzlichen Zwang samt Verfügungsverlust. Die Gefahr einer möglichen Verwertung der Firma in einem Insolvenzverfahren muss vielmehr bereits bei der Firmenbildung mitbedacht werden.⁷⁴ Daher ist für die Verwertung einer (nach neuem Recht gebildeten) Firma im Insolvenzverfahren keine Zustimmung des Namensgebers erforderlich.⁷⁵

Abschließend ist zu klären, inwieweit den zur alten Rechtslage ins Treffen geführten Argumenten (wenigstens für eine gewisse Übergangszeit) für »Altfirmen« weiterhin Bedeutung zukommt.⁷⁶ Für ein Zustimmungserfordernis des Namensgebers bei der Übertragung von Altfirmen spricht va der Umstand, dass der Name des Einzelunternehmers bzw eines Gesellschafters hier eben

72 Zimmer in Ebenroth/Boujong/Joost, Handelsgesetzbuch (HGB) – Kommentar I (2001) § 24 Rz 3 f, wo jedoch im Hinblick auf einen Vorrang der Gläubigerinteressen vor den namensrechtlichen Interessen ausdrücklich einer Einschränkung für den Insolvenzfall das Wort geredet wird.

73 Heidinger in Schmidt, MünchKomm HGB I³ § 22 Rz 80; ebenso für Österreich *Schuhmacher/Fuchs* in Straube, UGB I⁴ § 17 Rz 14; *Fuchs*, Das liberalisierte Firmenrecht nach dem Handelsrechts-ÄnderungsG 2005, ÖZW 2009, 86 (90).

74 In diesem Sinn auch *Lwowski/Peters* in Kirchhof/Lwowski/Stürner, MünchKomm InsO I³ § 35 Rz 489.

75 Ebenso die mittlerweile hA; vgl etwa *Schuhmacher/Fuchs* in Straube, UGB I⁴ § 17 Rz 4; *Fuchs*, ÖZW 2009, 90; *ders*, NZ 2010, 130; zum deutschen Recht statt vieler *Hirte* in Uhlenbruck, Insolvenzordnung¹³ § 35 Rz 379 mwN; aA (für ein Zustimmungserfordernis des Namensgebers auch nach der Firmenliberalisierung) *Henckel* in Jaeger, Insolvenzordnung I § 35 Rz 23.

76 Vgl *Hirte* in Uhlenbruck, Insolvenzordnung¹³ § 35 Rz 379.

noch zwangsläufig zur Firmenbildung zu Verfügung gestellt werden musste. Nicht tragfähig ist hingegen das Argument, der Insolvenzschuldner müsse sich unter seinem Namen eine neue Existenz aufbauen können: Abgesehen von der grundsätzlichen Präferenz der Insolvenzordnung für eine Sanierung von Unternehmensträger und Unternehmen innerhalb des Insolvenzverfahrens war es nämlich dem Namensgeber schon nach der alten Rechtslage (ungeachtet einer Mitverwertung »seiner« Personenfirma im Zuge einer Unternehmensveräußerung durch den Insolvenzverwalter) keineswegs verwehrt, ein neues Unternehmen an einem anderen Ort oder unter Verwendung einer Personenfirma mit unterscheidungskräftigem Zusatz zu eröffnen.⁷⁷ Nach neuem Firmenrecht sind die Möglichkeiten zur Firmenbildung sogar noch vielfältiger: Der Namensgeber kann ein neues Unternehmen auch unter einer Sach- oder Fantasiefirma gründen. Dennoch wird man bei »Altfirmen« im Hinblick auf die erfolgte »Zwangskommerzialisierung« des Namens die *Zustimmung des Namensgebers zur Firmenübertragung* verlangen müssen.

E. Fazit

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Firma trotz ihres persönlichkeitsrechtlichen Elements in die Masse fällt. Eine Verwertung der Firma einer Kapitalgesellschaft durch den Insolvenzverwalter mit dem Unternehmen bedarf (abgesehen vom Sonderfall des Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung) weder der Zustimmung der Gesellschaftsorgane noch des Namensgebers. Entsprechendes gilt auch für die Beifügung eines Liquidationszusatzes zur bisherigen Firma und für die Bildung einer Ersatzfirma. Bei der Übertragung der Firmen von Einzelunternehmern und Personengesellschaften ist zu unterscheiden: Es besteht (wiederum außer im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung) kein generelles Erfordernis der Zustimmung der vertretungsbefugten Gesellschafter für die Personengesellschaft. Auch ist für die Verwertung einer nach dem In-Kraft-Treten des HaRÄG 2005 gebildeten Firma im Insolvenzverfahren keine Zustimmung des Namensgebers erforderlich. Lediglich bei der Übertragung einer »Altfirma« muss der Insolvenzverwalter die Zustimmung des Namensgebers einholen.

77 So zutreffend *Bokelmann*, KTS 1982, 59.