

**letzte Aktualisierung:** 08.10.2020

OLG München, Endurt. v. 12.8.2020 – 20 U 4366/19

**BGB § 179**

**Haftung des Alleingeschafters bei Handeln vor Entstehung der Vorgesellschaft**

Handelt der Alleingeschafter einer künftigen GmbH für diese vor Entstehung der Vorgesellschaft, so haftet der Alleingeschafter analog § 179 BGB als Vertreter ohne Vertretungsmacht.  
(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

**Titel:**

**Kaufvertrag über Geldspielgeräte eines Vertreters ohne Vertretungsmacht**

**Normenketten:**

BGB § 179, § 288 Abs. 2, § 293, § 295, § 323 Abs. 1, Abs 2, § 326 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, § 415 Abs. 1, Abs 3, § 433, § 823

StGB § 263

ZPO § 92 Abs. 1 S. 1, § 543 Abs. 2, § 708 Nr. 10, § 711

GKG § 47, § 48

**Leitsatz:**

**Existierte mangels notarieller Beurkundung bei Vertragsschluss noch keine Vorgesellschaft, haftet die spätere Gesellschaft nicht für das Handeln einer etwaigen Vorgründungsgesellschaft, sondern ihr Alleingesellschafter analog § 179 BGB als Vertreter ohne Vertretungsmacht. (Rn. 37) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

arglistige Täuschung, Geschäftsgrundlage, Kaufpreis, Rücktritt, Vertreter, Vorgründungsgesellschaft, Zug um Zug, Mietvertrag, Spielhalle, Spielgeräte

**Vorinstanz:**

LG Landshut, Urteil vom 24.07.2019 – 43 O 465/17

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 20221

**Tenor**

1. Auf die Berufungen der Parteien wird das Urteil des Landgerichts Landshut vom 24. Juli 2019, Az. 43 O 465/17, in Ziffer I. und im Kostenausspruch abgeändert und - teilweise zur Klarstellung - neu gefasst:

I. Der Beklagte zu 2) wird verurteilt, an die Klägerin € 15.470,00 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 20.07.2018 zu zahlen Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe folgender gebrauchter Kaufgegenstände: 2 Bally Wolff SLT, ZL 299310014 und 297010244, 1 Billardtisch, 1 Alarmanlageset, 1 Videoüberwachung, 1 Kaffeemaschine, 1 SAT-Anlage, 1 Fernseher.

2. Im Übrigen werden die Berufungen der Parteien zurückgewiesen.

3. Von den Gerichtskosten des Rechtsstreits erster Instanz trägt die Klägerin 75%, der Beklagte zu 2) 25%. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) trägt die Klägerin. Die Klägerin trägt 54% der im ersten Rechtszug angefallenen außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2), der Beklagte zu 2) 46% der im ersten Rechtszug angefallenen außergerichtlichen Kosten der Klägerin. Im Übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten erster Instanz selbst. Von den Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz trägt die Klägerin 55%, der Beklagte zu 2) 45%.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Landshut ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Klägerin und Beklagter zu 2) können die Vollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

5. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert für das Verfahren erster Instanz wird in Abänderung der Streitwertfestsetzung des Landgerichts bis 27.11.2018 auf € 38.637,10, vom 28.11.2018 bis 7.02.2019 auf € 51.637,10 und ab dem 8.02.2019 auf € 62.323,30 festgesetzt. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf € 63.423,30 festgesetzt.

## Entscheidungsgründe

I.

- 1 Die Parteien streiten um Verpflichtungen aus einem Kaufvertrag über Inventar und aus einem Vertrag über die Übernahme von Spielgeräte-Mietverträgen.
- 2 Die Klägerin betrieb seit August 2015 als gewerbliche Untermieterin die Spielhalle „M.-C.“ in Ob.; im Frühjahr 2016 wollte sie sich von diesem Betrieb lösen. Sie schloss deshalb am 28./29.04.2016 mit dem Beklagten zu 2), der im Namen der Beklagten zu 1) handelte, einen Kaufvertrag (K 3) über näher bezeichnetes gebrauchtes Inventar des Spielcasinos zum Kaufpreis von € 13.000,00 zzgl. MwSt., mithin € 15.470,00. Übergabe der Gegenstände und Zahlung des Kaufpreises sollten ausweislich des vorgenannten Kaufvertrags am 1.06.2016 erfolgen. Daneben schlossen die Parteien am 29.04.2016 zwei weitere Vereinbarungen (K 4, K 6), in denen sich die Beklagte zu 1) verpflichtete, die laufenden Miet- bzw. Lizenzverträge der Klägerin für näher bezeichnete vier Geldspielgeräte der Fa. H. und sieben Geräte der Fa. M. Freizeit zu übernehmen und die fraglichen Verträge gegebenenfalls auf den eigenen Namen umschreiben zu lassen. Der Beklagte zu 2) übergab am 29.04.2016 einen Barbetrag von € 13.000,00 an den Gesellschafter der Klägerin R., der hierüber eine Quittung mit dem Betreff „Spielhalle M. C.“ (K 1) ausstellte.
- 3 Die Übernahme der Mieträume verhandelte der Beklagte zu 2) für die Beklagte zu 1) direkt mit Hauptmieter und Vermieter. Die Umschreibung des Gewerbemietvertrags erfolgte am 29.04.2016.
- 4 Die Beklagte zu 1) wurde erst nach Abschluss der vorstehend beschriebenen Verträge, nämlich mit notarieller Urkunde vom 11.05.2016, UrNr. ...800/2016 (B 1), errichtet und am 19.05.2016 mit M. M. als einziger Geschäftsführerin ins Handelsregister B in Landshut eingetragen (Anlage St 1). Alleingesellschafter war der Beklagte zu 2), der ab dem 19.09.2016 bis zum 18.01.2017 M. M. als Geschäftsführer ablöste (K 36). Der Beklagte zu 2) veräußerte die Beklagte zu 1) am 17.01.2017 an die R. C. G. .... mit Sitz in Berlin (B 3).
- 5 Mit per Post versandtem Schriftsatz vom 30.05.2016 (K 7) erklärte Rechtsanwältin S., die vom Beklagten zu 2) beauftragt worden war, die Interessen der Beklagten zu 1) zu vertreten, die Anfechtung der Verträge vom 29.04.2016 wegen Sittenwidrigkeit und arglistiger Täuschung mit der Begründung, dass die Klägerin entgegen den vertraglichen Vereinbarungen verlangt habe, dass über die bereits geleistete Barzahlung hinaus ein weiterer Betrag von € 13.000,00 „schwarz“ gezahlt werden müsse und dass sich herausgestellt habe, dass es der Mandantin als Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht möglich sein werde, die Miet- und Lizenzverträge zu übernehmen. Letzteres habe die Klägerin bewusst verschwiegen. Rechtsanwältin S. forderte die Klägerin auf, die Räumlichkeiten des Spielcasinos geräumt zu übergeben und teilte mit, dass die Mandantschaft keine weiteren Zahlungen leisten und auch nicht in die Miet- und Lizenzverträge eintreten werde.
- 6 Die Klägerin forderte die Beklagte zu 1) mit Anwaltsschriftsatz vom 3.06.2016 (K 8) unter Fristsetzung zum 10.06.2016 auf, den noch offenen Kaufpreis Zug um Zug gegen Übergabe der Kaufgegenstände zu bezahlen und zu erklären, dass die beiden Leasingverträge wie vereinbart übernommen würden. Sie stellte der Beklagten zu 1) in der Folgezeit monatlich die Miete für die Spielgeräte in Rechnung (K 10 bis K 27) sowie unter dem 6.09.2016 (K 34) € 1.289,27 brutto für „Aufwand Lkw und Demontage“ für den am 30.05.2016 von der Klägerin vorgenommenen Abbau und Abtransport der Spielgeräte und des Inventars aus den Mieträumen. Berechnet wurden neben Lkw-Miete und Benzinkosten 16 Stunden für An- und Abfahrt sowie 20 Arbeitsstunden für Demontage und Be- und Entladen. Zu einer Übergabe bzw. Übernahme des im Kaufvertrag bezeichneten Inventars oder der Spielgeräte an die Beklagte zu 1) oder den Beklagten zu 2) kam es nicht. Die Klägerin hat die Spielgeräte wegen Ablaufs der Vertragslaufzeit der zugrunde liegenden Miet- und Lizenzverträge mittlerweile an die jeweiligen Vermieter zurückgegeben.

- 7** Mit Schriftsatz vom 2.08.2018 erklärte der Beklagte zu 2) die Anfechtung sämtlicher Verträge vom 29.04.2016 wegen Sittenwidrigkeit und arglistiger Täuschung und mit Schriftsatz vom 26.11.2018 hilfsweise den Rücktritt vom Kaufvertrag gem. § 313 Abs. 3 iVm § 323 BGB.
- 8** Die Klägerin hat zunächst nur die Beklagte zu 1) gerichtlich auf Erfüllung der vorgenannten Verträge in Anspruch genommen, mit am 19.07.2018 zugestelltem Schriftsatz vom 9.07.2018 (Bl. 129 ff.) hat sie die Klage im Hinblick auf den Beklagten zu 2) erweitert; diesem war vor der Klageerweiterung bereits von der Beklagten zu 1) der Streit verkündet worden und er der Beklagten zu 1) als Streithelfer beigetreten.
- 9** Mit am 27.11.2018 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz vom 26.11.2018 (Bl. 185 ff.) hat der Beklagte zu 2) Widerklage auf Rückzahlung der Barzahlung in Höhe von € 13.000,00 erhoben; die Klägerin hat mit am 7.02.2019 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz vom 5.02.2019 (Bl. 239 ff.) die Klage um eine Forderung in Höhe von € 10.686,20 erweitert.
- 10** Die Klägerin hat vor dem Landgericht die Auffassung vertreten, sie habe gegen die Beklagten als Gesamtschuldner einen Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises für das Inventar in Höhe von € 15.470,00 nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe der Kaufgegenstände sowie auf Erstattung der Mietzahlungen in Gesamthöhe von € 32.769,88, die sie bis zu dem im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens eingetretenen Ende der Vertragslaufzeit an die Firmen H. und M. entrichtet habe. Vor Ende dieser Vertragslaufzeit hatte die Klägerin erstinstanzlich die gesamtschuldnerische Verurteilung der Beklagten zur Erstattung der bisher aufgelaufenen Mietkosten und zur Übernahme der fraglichen Spielgeräte begehrt.
- 11** Weiter hat die Klägerin vor dem Landgericht eine Pflicht der Beklagten als Gesamtschuldner behauptet, die für den Abtransport von Spielgeräten und Inventar berechneten Aufwendungen in Höhe von € 1.083,42 netto sowie die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zu erstatten.
- 12** Zur Begründung ihrer Ansprüche hat sie insbesondere vorgebracht, dass die geleistete Barzahlung keine Zahlung auf die Kaufpreisschuld gewesen sei, sondern wie zwischen den Parteien mündlich vereinbart auf den „Goodwill“, d.h. die Möglichkeit, in den Mietvertrag einzutreten. Dies sei schon daraus ersichtlich, dass Kaufpreiszahlung und Inventarübergabe nach den schriftlichen Vereinbarungen vom 29.04.2016 erst am 1.06.2016 erfolgen sollten, die Barzahlung jedoch bereits am 29.04.2016 geleistet und mit dem Betreff „Spielhalle M.C.“ quittiert worden sei. Die Durchführung der Verträge sei von den Beklagten treuwidrig verweigert worden. Der Beklagte zu 2) habe bereits am 20.05.2016 mitgeteilt, dass an der Durchführung der Verträge kein Interesse mehr bestehe; hieraus sei ersichtlich, dass er immer schon beabsichtigt habe, nur die Mieträume zu übernehmen. Die Klägerin habe auf anwaltlichen Rat zur Verhinderung eines Beiseiteschaffens oder einer Nutzung trotz Zahlungsverweigerung die Spielgeräte und das Inventar aus der Halle entfernt und sichergestellt. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass hinsichtlich des Beklagten zu 2) eine Haftung gemäß § 179 BGB oder gemäß § 823 BGB iVm § 263 StGB in Betracht komme.
- 13** Die Beklagte zu 1) hat vor dem Landgericht ihre Passivlegitimation bestritten. Sie habe die von dem Beklagten zu 2) vor ihrer Errichtung und Eintragung geschlossenen Verträge nicht genehmigt, weshalb sie hieraus nicht verpflichtet sei.
- 14** Der Beklagte zu 2) hat die Auffassung vertreten, dass er die Beklagte zu 1) wirksam verpflichtet habe, weshalb er nicht persönlich hafte. Als einziger Gesellschafter der Beklagten zu 1) habe er diese wirksam verpflichten können, jedenfalls habe die Beklagte zu 1) die Verträge genehmigt. Er hafte schon deshalb nicht, weil er im Rahmen der Vertragsgestaltung mehrfach zum Ausdruck gebracht habe, dass die noch zu gründende GmbH Vertragspartnerin werden solle. Im Übrigen seien die Vereinbarungen wirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten worden und nichtig bzw. sei er wirksam von den Verträgen zurückgetreten. Die Klägerin habe über die Umsatzzahlen getäuscht und wahrheitswidrig einen monatlichen Umsatz von € 16.000,00 angegeben. Die Besucherzahlen seien geschönt, die Auswertestreifen trotz ausdrücklichen Verlangens nicht vorgelegt worden. Der Vertrag sei unter dem mündlich geäußerten Vorbehalt geschlossen worden, dass Saldo-2-Streifen übergeben würden, welche den zugesicherten Gewinn von € 16.000,00 pro Monat ausweisen. Darüber hinaus sei durch die eigenmächtige Entfernung von Spielgeräten und Inventar die Geschäftsgrundlage für die Vereinbarung über die Übernahme der Mietverträge entfallen.

- 15** Der Beklagte zu 2) hat für den Fall, dass das Gericht eine Haftung des Beklagten zu 2) bejaht, Widerklage auf Rückzahlung der unstreitig bar geleisteten € 13.000,00 erhoben und vorgebracht, dieser Betrag sei auf den Kaufvertrag für das Inventar bezahlt worden. Insoweit bestehe aufgrund der wirksamen Anfechtung des Kaufvertrags bzw. des wirksamen Rücktritts ein Rückzahlungsanspruch.
- 16** Auf die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils und die dort gestellten Anträge wird ergänzend Bezug genommen.
- 17** Mit Endurteil vom 24.07.2019 hat das Landgericht nach Anhörung des Gesellschafters der Klägerin R. und des Beklagten zu 2) sowie Vernehmung der Zeugen E. R., G. D. D., P. S., Rechtsanwalt H., H. K., G. H. und S. H. den Beklagten zu 2) verurteilt, an die Klägerin den Kaufpreis in Höhe von € 15.470,00 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 15.074,00 zu zahlen Zug um Zug gegen Abholung und Übergabe der Kaufgegenstände bei der Klägerin. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die Widerklage hat das Landgericht vollumfänglich abgewiesen.
- 18** Zur Begründung hat das Landgericht insbesondere ausgeführt, dass ein Anspruch gegen die Beklagte zu 1) ausgeschlossen sei. Als spätere UG hafte sie nicht für die Verpflichtungen der Vorgründungsgesellschaft bzw. des Beklagten zu 2). Der Nachweis eines Übergangs etwaiger Verpflichtungen aus den Vereinbarungen vom 29.04.2016 sei der Klägerin nicht gelungen. Der Beklagte zu 2) hafte nach § 179 BGB als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Gegen ihn bestehe ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe der verkauften Gegenstände. Die Beklagte zu 1) habe die Genehmigung der Verträge verweigert, der Beklagte zu 2) weder seinen Vortrag, dass die Klägerin den Mangel der Vertretungsmacht gekannt habe, noch das Vorliegen eines Anfechtungs- oder Rücktrittsgrundes beweisen können. Der Anspruch auf Kaufpreiszahlung sei auch nicht erloschen, denn die unstreitige Barzahlung sei nach Überzeugung des Gerichts nicht auf den Kaufvertrag, sondern auf die mündliche Good-Will-Vereinbarung erfolgt. Die Widerklage habe deshalb keinen Erfolg.
- 19** Einen Zinsanspruch hat das Landgericht erst ab Rechtshängigkeit bejaht, weil die Inverzugsetzung der Beklagten zu 1) nicht gegen den Beklagten zu 2) wirke. Da ein vorgerichtliches anwaltliches Tätigwerden im Verhältnis zum Beklagten zu 2) nicht ersichtlich sei, seien auch vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nicht erstattungsfähig.
- 20** Einen Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Miet- und Lizenzgebühren hat das Landgericht mit der Begründung verneint, dass die als Anlagen K 4 und K 6 vorgelegten Vereinbarungen als unter der Bedingung abgeschlossen anzusehen seien, dass der Vermieter bzw. Lizenz- oder Leasinggeber mit einem Schuldnerwechsel einverstanden sei. Denn die Gebrauchsüberlassung einer Mietsache bedürfe der Erlaubnis des Vermieters. Bis zur Genehmigung durch den Gläubiger seien die Vereinbarungen gem. § 415 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam. Mangels Bedingungseintritts seien die Vereinbarungen nicht wirksam geworden.
- 21** Den Streitwert hat das Landgericht bis zum 7.02.2019 auf € 38.637,10, ab dem 8.02.2019 auf € 49.323,30 festgesetzt. Die Widerklage hat es für nicht streitwerterhöhend angesehen, da der Rückzahlungsanspruch wegen einer Zahlung auf den Kaufvertrag behauptet werde; damit betreffe die Widerklage denselben wirtschaftlichen Gegenstand wie die Klage.
- 22** Gegen dieses Urteil haben die Klägerin und der Beklagte zu 2) (nachfolgend: „der Beklagte“) Berufung eingelegt.
- 23** Die Klägerin nimmt die Abweisung ihrer Klage gegen die Beklagte zu 1) hin. Sie erstrebt mit ihrer Berufung die Verurteilung des Beklagten im Umfang der in diesem Prozessrechtsverhältnis erfolgten Klageabweisung, d.h. hinsichtlich der behauptet verauslagten Mietzahlungen nebst Zinsen, hinsichtlich der Kosten für die Verbringung von Inventar und Spielgeräten und hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Zudem beantragt die Klägerin die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von Zinsen nicht nur aus € 15.074,00, sondern aus dem vollen Kaufpreis von € 15.470,00; diesen Anspruch hat das Landgericht auch im Wege der zunächst von der Klägerin angestrebten Urteilsberichtigung mit Beschluss vom 27.08.2019 (Bl. 367 f.) abgelehnt. Darüber hinaus begehrt die Klägerin, diese Zinsen bereits ab dem 1.06.2016 zuzusprechen. Klageerweiternd beantragt die Klägerin die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung weiteren

Schadensersatzes in Höhe eines Teilbetrags von € 1.100,00 nebst Zinsen wegen der für die Prozessführung gegen die Beklagte zu 1) entstandenen Kosten und über den bisherigen Antrag hinaus eine Verzinsung ihrer behaupteten Zahlungsansprüche mit 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz.

**24** Die Klägerin wendet sich unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags insbesondere gegen die Annahme des Landgerichts, die als Anlagen K 4 und K 6 vorgelegten Vereinbarungen seien unter einer Bedingung geschlossen worden und rügt, dass Ausführungen zum Schadensersatz wegen der Aufwendungen für die Verbringung der Gegenstände aus der Spielhalle im erstinstanzlichen Urteil fehlten.

**25** Die Klägerin beantragt zuletzt,

Das Endurteil des LG Landshut Az. 43 O 465/17 vom 24.07.2019 wird abgeändert und der Beklagte Ziffer 2/Berufungsbeklagte M. T. über den der Klägerin zuerkannten Zahlbetrag von € 15.470,00 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 15.074,00 hinaus

1. zur Zahlung von weiteren Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 15.470,00 seit 1.06.2016 unter Einbeziehung der bereits im Urteil des LG Landshut vom 24.07.2019 Az. 43 O 465/17 zuerkannten Zinsen verurteilt,
2. zur Zahlung von weiteren € 29.921,36 für von der Klägerin an die Firma H. GmbH und Co. KG verauslagte Mietkosten nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1.09.2016 aus € 6.411,72, seit 1.12.2016 aus weiteren € 6.411,72, seit 1.02.2017 aus weiteren € 6.411,72, seit 1.02.2019 aus weiteren € 10.686,20 verurteilt,
3. zur Zahlung von weiteren € 2.848,52 für von der Klägerin an die Firma M. F. .... verauslagte Mietkosten und Leasinggebühren nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 1.02.2017 verurteilt,
4. zur Zahlung von weiteren € 1.083,42 Schadensersatz nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 24.11.2016 verurteilt,
5. zur Zahlung von weiteren € 1.100,00 Schadensersatz nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit der diesseitigen Berufung verurteilt,
6. zur Zahlung von weiteren € 1.640,80 vorgerichtlichen Anwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 24.11.2016 verurteilt.

**26** Der Beklagte wendet sich mit seiner Berufung gegen seine Verurteilung zur Kaufpreiszahlung und die Abweisung der Widerklage.

**27** Er beantragt,

1. Unter Abänderung des am 24.07.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Landshut, Az. 43 O 465/17, die Klage gegen den Beklagten zu 2) insgesamt abzuweisen.
2. Unter Abänderung des am 24.07.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Landshut, Az. 43 O 465/17, die Klägerin/Widerbeklagte zu verurteilen, an den Beklagten zu 2)/Widerkläger € 13.000,00 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.07.2016 zu bezahlen.

**28** Beide Parteien beantragen jeweils die Zurückweisung der Berufung der anderen Partei.

**29** Der Beklagte verweist auf seinen erstinstanzlichen Vortrag und macht insbesondere geltend, dass das Landgericht fehlerhaft seine Haftung nach § 179 BGB angenommen habe. Zwar treffe es zu, dass er aus wirtschaftlichen Gründen nicht an den Verträgen habe festhalten wollen, insoweit habe das Landgericht aber fälschlich das Vorliegen eines Anfechtungsgrunds bzw. eines wirksamen Rücktritts verneint. Das Landgericht habe verkannt, dass die Klägerin nicht bewiesen habe, dass die Barzahlung für den Good-Will erfolgt sei. Mit Schriftsatz vom 23.06.2020 (Bl. 78 ff.) legt er Aussage der Zeugin H. vor, die sie ihm am selben Tag per Mail übersandt habe und vertritt die Auffassung, dass deshalb eine erneute Beweisaufnahme durchzuführen und letztlich ein Anfechtungsgrund zu bejahen sei.

**30** Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die im

Berufungsrechtszug gewechselt Schriftsätze und auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 24.06.2020 (Bl. 81 ff.) Bezug genommen.

II.

- 31** Die zulässigen Berufungen der Parteien haben nur in geringem Umfang Erfolg. Das Urteil des Landgerichts war auf die Berufung der Klägerin lediglich im Zinsauspruch und hinsichtlich Streitwert und Kostenquote abzuändern, auf die Berufung des Beklagten im Hinblick auf die vom Landgericht unzutreffend angenommene Verpflichtung des Beklagten zur Abholung der Kaufgegenstände. Im Übrigen waren die Berufungen zurückzuweisen.
- 32** 1. Das Landgericht hat zutreffend einen Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von € 15.470,00 angenommen. Diese Verpflichtung hat der Beklagte gemäß § 433 BGB Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung der verkauften Gegenstände zu erfüllen.
- 33** a) Unstreitig haben die Klägerin und der Beklagte als Vertreter der Beklagten zu 1) am 29.04.2016 den als Anlage K 3 vorgelegten Kaufvertrag geschlossen.
- 34** b) Der Beklagte haftet der Klägerin gemäß § 179 BGB analog auf Erfüllung der Verpflichtungen aus diesem Vertrag.
- 35** aa) Die Klägerin hat durch ihre Antragstellung im Verfahren deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie vom Beklagten als Gesamtschuldner neben der Beklagten zu 1) und ebenso wie von dieser die Erfüllung der am 29.04.2016 geschlossenen Verträge verlangt. Denn sie hat keine Abrechnung der eingegangenen Verpflichtungen vorgenommen und Geldersatz verlangt (vgl. Palandt, BGB, § 179 Rn. 6), sondern den Eintritt des Beklagten in die laufenden Verträge samt körperlicher Übernahme der Kaufgegenstände und der ihr vom Vermieter überlassenen Spielgeräte.
- 36** bb) Der Beklagte hat bei Vertragsschluss als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Beklagte zu 1) gehandelt.
- 37** Die Beklagte zu 1) war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht existent, sondern wurde erst mit notarieller Urkunde vom 11.05.2016 (B 1) vom Beklagten zu 2) als Alleingesellschafter gegründet. Damit existierte bei Vertragsschluss keine Vorgesellschaft. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, scheidet eine Haftung der Beklagten zu 1) für ein Handeln einer etwaigen Vorgründungsgesellschaft nach allgemeiner Meinung aus. Vertragsschließender war allein der Beklagte zu 2), der für eine nicht existente juristische Person gehandelt hat, weshalb er nach allgemeiner Meinung gemäß § 179 BGB analog haftet (Palandt, BGB, § 179 Rn. 1, § 177 Rn. 2).
- 38** Eine Genehmigung durch die Beklagte zu 1), die die Verträge ausdrücklich angefochten hat, hat der Beklagte ebensowenig beweisen können wie seine Behauptung, seine persönliche Haftung sei durch Parteivereinbarung oder wegen Kenntnis oder Kennenmüssen der Klägerin vom Mangel der Vertretungsmacht ausgeschlossen. Auf die Ausführungen im landgerichtlichen Urteil wird insoweit Bezug genommen.
- 39** c) Auch das Vorliegen eines Anfechtungs- oder Rücktrittsgrundes hat das Landgericht zutreffend verneint. Auf die Begründung des Landgerichts wird verwiesen. Fehler in der Beweiswürdigung des Landgerichts sind nicht ersichtlich.
- 40** Der Beklagte hat seinen Vortrag zum Vorliegen einer Täuschung, zur Vereinbarung eines bestimmten Umsatzes als Geschäftsgrundlage und zu einem mündlichen Vorbehalt nicht beweisen können. Dass durch die - unstreitig durch das Verhalten der Beklagten veranlasste - Räumung der Spielhalle die Geschäftsgrundlage für die Durchführung der Verträge entfallen wäre, liegt ersichtlich fern.
- 41** Dass, wie der Beklagte im Berufungsverfahren vorbringt, die Zeugin H. ihre Aussage vor dem Landgericht nunmehr dahingehend richtiggestellt habe, dass sie anders als ursprünglich angegeben vor dem Abschluss der Verträge mit dem Beklagten nicht über Umsätze oder Besucherzahlen gesprochen habe, ändert an dieser Bewertung nichts. Denn der Beklagte konnte unabhängig von der Aussage der Zeugin H. schon seine Behauptung, ihm seien falsche Umsätze oder Besucherzahlen genannt bzw. Umsätze und Besucherzahlen

in einer bestimmten Größenordnung zugesichert worden, und damit eine Täuschung oder die Voraussetzungen für die Annahme von zur Grundlage des Vertrags gewordene Umständen, nicht beweisen. Ob die Zeugin Herzog den Beklagten vor oder nach Vertragsschluss über die schwache Frequentierung des Etablissements aufgeklärt hat, ist insoweit nicht relevant.

- 42** Ein Rücktritt des Beklagten gemäß § 323 Abs. 1 BGB scheidet schon mangels Fristsetzung aus. Die Voraussetzungen des § 323 Abs. 2 BGB liegen ersichtlich nicht vor. Auch hat der Beklagte - anders als die Klägerin - seine Leistung nicht in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten (vgl. Palandt, BGB, § 323 Rn. 15), sondern im Gegenteil versucht, sich vom Vertrag zu lösen.
- 43** d) Zutreffend hat das Landgericht eine Erfüllung der kaufvertraglichen Verpflichtung durch die am 29.04.2016 erfolgte Barzahlung verneint. Der Senat teilt die Überzeugung des Landgerichts, dass diese Zahlung auf die mündliche Good-Will-Vereinbarung erfolgt ist. Auf die Ausführungen des Landgerichts wird insoweit Bezug genommen. Die vom Beklagten eingewandte Beweislastverteilung ist mangels Ergehens einer Beweislastentscheidung irrelevant.
- 44** 2. Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht den Zinsanspruch erst ab Rechtshängigkeit der Klage gegen den Beklagten zugesprochen. Ein Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung von Zinsen bereits ab 1.06.2016, d.h. ab Inverzugsetzung der Beklagten zu 1), ist nicht ersichtlich.
- 45** Die Klägerin nimmt den Beklagten als Vertreter ohne Vertretungsmacht auf Erfüllung in Anspruch. Der Inhalt dieses Anspruchs ist nach Maßgabe des Vertretergeschäfts zu bestimmen. Die ins Leere gegangene „Inverzugsetzung“ der Beklagten zu 1), die tatsächlich nicht Vertragspartnerin geworden ist, hat deshalb außer Betracht zu bleiben, der geltend gemachte Verzugsschaden ist nicht Bestandteil der vom Vertreter eingegangenen vertraglichen Verpflichtung.
- 46** Der Zinsanspruch beläuft sich gemäß § 288 Abs. 2 BGB der Höhe nach auf 9 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz aus dem zugesprochenen Kaufpreisanspruch in Höhe von € 15.470,00; dies war aufgrund der Klageerweiterung in der Berufungsinstanz auszusprechen.
- 47** 3. Im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht auch einen Anspruch der Klägerin auf Erstattung der behauptet verauslagten Miet- und Lizenzzahlungen verneint.
- 48** a) Inhalt der in den als Anlagen K 4 und K 6 vorgelegten Vereinbarungen ist nach dem objektiven Empfängerhorizont das Recht der Beklagten zu 1), die von der Klägerin gemieteten Geräte fortan in den übernommenen Räumlichkeiten zu nutzen und ihre Pflicht, den Mietzins entweder direkt an den Gerätevermieter zu zahlen oder an die Klägerin zu erstatten, mit den korrespondierenden Rechten und Pflichten der Klägerin.
- 49** Rechtlich stellen diese Vereinbarungen deshalb im Gesetz nicht geregelte Vertragsübernahmen dar (vgl. BeckOK BGB, § 414 Rn. 26), wobei der hierfür erforderliche zweiseitige Vertrag zwischen der ausscheidenden und der übernehmenden Partei bereits vorliegt, nicht aber die ebenfalls erforderliche Zustimmung des verbleibenden Vertragspartners, d.h. konkret der Firmen H. und M.
- 50** b) Zwar kommt im Fall einer mangels Zustimmung unwirksamen Vertragsübernahme die Annahme einer Verpflichtung der übernehmenden Partei analog § 415 Abs. 3 BGB in Betracht (vgl. MünchKOb BGB, § 329 Rn. 18; BGH, Urteil vom 1. Februar 2012, VIII ZR 307/10, NJW 2012, 1718 Rn. 32 ff.). Allerdings darf im konkreten Fall die nach dem objektiven Parteiwillen im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Pflicht der Klägerin zur Überlassung der Spielgeräte nicht außer Acht gelassen werden. Die Klägerin hat diese Pflicht nicht erfüllt und die Leistung auch nicht in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten, sondern die Spielgeräte noch vor der von der Beklagten zu 1) mit Schriftsatz vom 30.05.2016 (K 7) erklärten Anfechtung aus den Räumlichkeiten verbracht und sowohl der Beklagten zu 1) wie auch dem Beklagten erst mit der Klageschrift lediglich angeboten, die fraglichen Geräte bei ihr abzuholen. Dies aber stellt weder ein tatsächliches Angebot, § 293 BGB, noch ein taugliches wörtliches Angebot gemäß § 295 BGB dar.
- 51** Da die Erbringung der Leistung der Klägerin mittlerweile durch Zeitablauf unmöglich geworden ist - die Vertragslaufzeit für die Spielgeräte ist nach eigenem Vortrag der Klägerin abgelaufen, die Geräte sind an die jeweiligen Vermieter zurückgegeben worden -, ist der Anspruch der Klägerin auf die Gegenleistung entfallen,

§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Voraussetzungen des § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB liegen nicht vor.

- 52** 4. Ein eigener Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zahlung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten scheidet - wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt - mangels Tätigwerden des klägerischen Rechtsanwalts in Richtung des Beklagten aus.
- 53** 5. Ein Anspruch auf Ersatz der Kosten für das Räumen der Spielhalle und das Wegschaffen von Inventar und Spielgeräten ist ebensowenig ersichtlich wie ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der im Prozess gegen die Beklagte zu 1) angefallenen Prozesskosten, der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten und der Verzugszinsen. Die Klägerin hat - wie oben dargestellt - Erfüllung gewählt; neben dem Erfüllungsanspruch aus § 179 BGB aber bestehen keine Schadensersatzansprüche (MünchKommBGB, § 179 Rn. 37). Das Vorliegen der Voraussetzungen für eine deliktische Haftung des Beklagten hat die Klägerin nicht nachgewiesen.
- 54** 6. Nach Vorstehendem hat das Landgericht auch die Widerklage mit Recht abgewiesen. Gründe für eine Unwirksamkeit der Good-Will-Vereinbarung, die zu einer Rückabwicklung der geleisteten Zahlung führen müssten, sind nicht ersichtlich.

III.

- 55** Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
- 56** Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.
- 57** Der Streitwert entspricht dem Wert der Zahlungsanträge, §§ 47, 48 GKG. Der Streitwert der Widerklage war werterhöhend zu berücksichtigen. Zwar behauptet der Beklagte, dass es sich bei dem widerklagend begehrten Betrag um die Kaufpreiszahlung aus dem Kaufvertrag vom 29.04.2016 handelt und begründet auch die Klägerin den von ihr geltend gemachten Zahlungsanspruch mit einer Verpflichtung aus dem Kaufvertrag. Allerdings beantragt die Klägerin die Zahlung weiterer € 15.470,00 über die unstrittig bereits bezahlten € 13.000,00 hinaus, der Beklagte dagegen begehrt die Rückzahlung der bereits bezahlten € 13.000,00. Damit scheidet eine wirtschaftliche Identität der Forderungen aus.

Verkündet am 12.08.2020

... Urkundsbeamter der Geschäftsstelle