

## Übung im Bürgerlichen Recht für Anfänger im SS 2002

### Lösungshinweise zur 2. Hausarbeit (Ausgabe am 17.07.02, Abgabe am 14.10.02)

#### I. Rechte des U gegen T:

1. Rechte des U nach §§ 453 I, 433, 437 Nr. 1 - 3 BGB wegen eines etwaigen **Mangels** des Unternehmens der T-GmbH:
  - a) Die Regelungen der §§ 433 ff. BGB für den Sachkauf finden nach § 453 I BGB auf den Kauf von Rechten wie den Kauf eines GmbH-Anteils bzw. auf den Kauf sonstiger Gegenstände wie eines Unternehmens **entsprechende Anwendung**. Zugleich mit dem GmbH-Anteil hat U auch das von der T-GmbH betriebene Unternehmen gekauft, weil es sich um den **einzigen** GmbH-Anteil handelte (Unternehmenskauf im Wege des "share deal").<sup>1</sup>
  - b) Voraussetzung für die Anwendung des § 437 BGB ist das Vorliegen eines **Mangels**. Der verkaufte GmbH-Anteil weist selbst keinen Mangel (z. B. einen Rechtsmangel in Gestalt einer Verpfändung des Anteils) auf. Fraglich ist, ob die Sicherungsübereignung der 4 LKWs sowie der schleppende Zahlungseingang seitens der X-AG Mängel des gekauften Unternehmens darstellen.
  - aa) Dass **4 der 20 LKWs aus dem Fuhrpark der T-GmbH zur Sicherheit an die G-Bank übereignet** waren, könnte einen Sach- oder Rechtsmangel des verkauften Unternehmens (nicht der LKWs, weil diese nicht als solche verkauft sind) nach §§ 434, 435 BGB begründen. Ein Sachmangel nach § 434 I 1 BGB in Gestalt einer Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der vereinbarten Beschaffenheit liegt nicht vor, weil T und U nicht vereinbart haben, dass alle LKWs im Eigentum der T-GmbH stehen sollten. Es kommen hier nur Sach-

---

<sup>1</sup>

Auch früher hat die Rechtsprechung die Vorschriften über Sachmängelgewährleistung hinsichtlich eines Anteilskaufs für anwendbar gehalten, sofern alle oder nahezu alle Anteile verkauft werden, vgl. z. B. BGH NJW 1969, 184 = WM 1969, 67, 68; BGH WM 1970, 819; BGHZ 138, 195, 204 f.

mängel nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB und Rechtsmängel nach § 435 S. 1 BGB in Betracht.

Zum früheren Recht hat der BGH bei der Sicherungsübereignung eines nicht unwesentlichen Teils des Betriebsvermögens eines im Wege des “share deal” veräußerten Unternehmens einen Sachmangel angenommen.<sup>2</sup> In etwas anders gelagerten Fällen hat der BGH auch zur Annahme eines Rechtsmangels geneigt.<sup>3</sup> Nach der **ab 01.01.2002 geltenden Rechtslage** sieht § 453 I BGB für sonstige Gegenstände wie Unternehmen eine “entsprechende Anwendung” der §§ 433 ff. BGB vor und sind Sach- und Rechtsmängel hinsichtlich der Rechtsfolgen gleichgestellt. Teilweise wird in der Literatur in Anknüpfung an die Rechtsprechung zum früheren Recht vertreten, dass **Sach- oder Rechtsmängel einzelner Gegenstände** des Unternehmens **Sach- oder Rechtsmängel des Unternehmens selbst** sein können, wenn sich der jeweilige Mangel erheblich auf den Wert und die Funktionstauglichkeit des Unternehmens als Ganzes auswirke.<sup>4</sup> Auch wenn man dem folgte, würde die Sicherungsübereignung von 4 LKWs keinen Umstand darstellen, der den Wert und die Funktionstauglichkeit des Unternehmens als Ganzes tangiert, weil die 4 LKWs nach wie vor für das Transportunternehmen der T-GmbH genutzt werden können und der Sicherungsübereignung der Zufluß eines Kredits der G-Bank an die T-GmbH gegenübersteht.<sup>5</sup> Daher eignet sich das von der T-GmbH betriebene Unternehmen nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB trotz der Sicherungsübereignung der 4 LKWs für die von T und U vertraglich vorausgesetzte Verwendung und schlägt auch ein etwaiger Rechtsmangel hinsichtlich der 4 LKWs nach § 435 S. 1 BGB nicht auf das Gesamtunternehmen der T-GmbH durch.

- bb) Der **schleppende Eingang der Zahlungen von der X-AG** und die Tatsache, dass der Reingewinn der T-GmbH in den vergangenen Jahren zu fast der Hälfte auf den Aufträgen der X-AG beruhte, hatten zur Folge, dass der in der Bilanz

---

<sup>2</sup> Vgl. BGH NJW 1969, 184 = WM 1969, 67, 68.

<sup>3</sup> Vgl. BGH NJW 1970, 556, 557; WM 1984, 936, 938.

<sup>4</sup> Vgl. z. B. *Triebel/Hölzle* BB 2002, 521, 525; Das neue Schuldrecht/*Haas* Kap. 5 Rn 547 i.V.m. Rn 555; *Gaul* ZHR 166 (2002), 35, 39 f.. Ablehnend *Huber* AcP 202 (2002), 179, 214, 226 ff, 229.

<sup>5</sup> Hierfür spricht ebenfalls, dass die 4 LKWs nach der Sicherungsübereignung gemäß § 246 I 2 HGB auch weiterhin in der Bilanz der T-GmbH aufgenommen werden durften. Dies brauchte von den Bearbeitern allerdings nicht gesehen werden.

zum 31.12.2001 veranschlagte Jahresreingewinn von ca. 60.000 Euro von T nicht richtig angegeben wurde.<sup>6</sup> Dies könnte nach § 434 BGB einen Sachmangel des gekauften Unternehmens darstellen.

- Ein Sachmangel in Gestalt des **Fehlens einer vereinbarten Beschaffenheit nach § 434 I 1 BGB** käme nur dann in Betracht, wenn es sich bei der Angabe des Jahresreingewinns in der Bilanz zum 31.12.2001 um eine **Beschaffenheit des Unternehmens** handelte. Nach der **früheren Rechtslage** wählte die Rechtsprechung einen engen Beschaffenheitsbegriff, um den Anwendungsbereich der §§ 459 ff. BGB a. F. zu vermeiden, die sich wegen Fehlens einer Fahrlässigkeitshaftung, wegen der kurzen Verjährungsfrist nach § 477 I 1 BGB a. F. und wegen der Möglichkeit der Wandelung für den Unternehmenskauf nicht eigneten. Statt dessen wendete die Rechtsprechung die als flexibler empfundenen Grundsätze der *culpa in contrahendo* an. Angaben über Unternehmenskennziffern wie den Gewinn wurden hiernach von der Rechtsprechung nicht als Beschaffenheit des Unternehmens angesehen, weil sie auch von außerhalb des Unternehmens liegenden Faktoren abhingen. Die Rechtsprechung zur früheren Rechtslage hat Unternehmenskennzahlen nur dann, wenn sie zugesichert wurden und sich die zugesicherten Angaben auf mehrere Jahre bezogen, Eigenschaften im Sinne von §§ 459 II, 463 S. 1 BGB a. F. gleichgesetzt.<sup>7</sup> Nach der **Rechtslage ab 01.01.2002** sind - wie vom Gesetzgeber intendiert<sup>8</sup> - die Gründe für einen engen Beschaffenheitsbegriff beim Unternehmenskauf größtenteils entfallen, insbesondere gilt nach § 438 I Nr. 3 BGB eine längere Verjährungsfrist und ist § 463 BGB a. F. durch eine allgemeine Fahrlässigkeitshaftung für Mängel ersetzt worden.<sup>9</sup> In der **Literatur** plädieren daher einige für eine **weite Interpretation des Beschaffenheitsbegriffs**, je nachdem welche Merkmale die Vertragsparteien zum Vertragsinhalt machen.<sup>10</sup> **Andere** wollen auch weiterhin den Begriff der Beschaffenheit **einschränkend auslegen**.<sup>11</sup> Diese Frage kann

---

<sup>6</sup> Die bilanziellen Gründe für die Unrichtigkeit, dass nämlich ein Bedarf nach § 249 I 1 HGB zur Bildung von Rückstellungen bestand und daher ein niedrigerer Jahresreingewinn bzw. ein Verlust hätte ausgewiesen werden müssen, müssen von den Bearbeitern nicht erörtert werden. Vgl. zu dieser Rechtsprechung z. B. den Überblick bei *Zimmer* NJW 1997, 2345 ff.

<sup>7</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 242.

<sup>8</sup> Kritisch dagegen allerdings *Huber* AcP 202 (2002), 179, 231 ff.

<sup>9</sup> Vgl. z. B. *Das neue Schuldrecht/Haas* Kap. 5 Rn 98, 549; *Gronstedt/Jörgens* ZIP 2002, 52, 54 f.; *Triebel/Hölzle* BB 2002, 521, 524 f.

<sup>10</sup> Für eine Anlehnung an den Beschaffenheitsbegriff nach alter Rechtslage *Huber* AcP 202 (2002), 179, 227 f., 231 ff.; *Weitnauer* NJW 2002, 2511, 2513 f.; einschränkend wohl auch *Palandt/Putzo*, SMG-Ergänzungsband, § 434 BGB Rn 9 ff.; für eine Korrektur durch das

allerdings an dieser Stelle offen bleiben, wenn die Angaben der Bilanz zum 31.12.2001 und der Steuerbilanzen der beiden vorangehenden Jahre von T und U **nicht zum Vertragsinhalt gemacht** worden sind. Die Vorlage der Bilanzen durch T an U im Vorfeld des Vertragsabschlusses könnte eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung darstellen. Zwar genügt hierfür eine Beschreibung der Beschaffenheit, doch muß diese vom Vertragsinhalt erfaßt und verbindlich zum Inhalt der Leistungspflicht gemacht worden sein. Dies ist hier nicht geschehen.<sup>12</sup> Bei den vorgelegten Bilanzen handelt es sich auch nicht um Proben oder Muster, deren Beschaffenheiten als konkludent vereinbart anzusehen wären.<sup>13</sup>

- Ein Sachmangel könnte ferner darin liegen, dass sich das Unternehmen der T-GmbH **nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet**. Zwar beruhten die Gewinne der vergangenen Jahre zu fast der Hälfte auf den Aufträgen der X-AG, doch ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich, daß sich das Unternehmen der T-GmbH wegen des schleppenden Zahlungseingangs von der X-AG nicht zur vertraglich von T und U vorausgesetzten Verwendung, also zur Fortführung der Unternehmensgeschäfte, eignete. Auf die Insolvenz der X-AG kann nicht abgestellt werden, da diese erst nach dem gemäß §§ 434 I 1, 446 BGB für das Vorliegen eines Sachmangels relevanten Zeitpunkt des Gefahrübergangs, hier der Überenahme des Betriebes der T-GmbH durch U,<sup>14</sup> eintrat. Ein bestimmter Jahresreingewinn wurde von T und U vertraglich nicht für die Verwendung des Unternehmens vorausgesetzt, also dergestalt, dass das Unternehmen nur bei Vorliegen eines bestimmten Jahresreingewinns geführt werden könne.
- cc) Weil kein Mangel vorliegt, scheiden daher Rechte des U aus §§ 437 Nr. 1 - 3 BGB aus.

---

Kriterium der Unmittelbarkeit *Gaul* ZHR 166 (2002), 35, 51, der allerdings die Unternehmenskennziffern dennoch als Beschaffenheiten des Unternehmens einordnet (*Gaul* aaO S. 47).

<sup>12</sup> Auf das Problem, dass eine etwaige konkludente Beschaffenheitsvereinbarung nicht der Form des § 15 IV 1 GmbHG entsprochen hätte, dieser Formfehler jedoch nach § 15 IV 2 GmbHG geheilt worden wäre, brauchen die Bearbeiter nicht einzugehen.

<sup>13</sup> Vgl. zur Annahme einer konkludenten Vereinbarung der Beschaffenheiten von Proben und Mustern im Hinblick auf Art. 2 Absatz 2 Buchstabe a der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie z. B. BT-Drucks. 14/6040 S. 207; Das neue Schuldrecht/*Haas* Kap. 5 Rn 97.

<sup>14</sup> Vgl. zum Gefahrübergang beim Unternehmenskauf z. B. BGHZ 138, 195, 204 ff.; Das neue Schuldrecht/*Haas* Kap. 5 Rn 550.

- 2.a) Dem U könnte ein Anfechtungsrecht nach **§ 123 I BGB** sowie nach erfolgter Anfechtungserklärung ein Anspruch aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB (oder aus § 812 I 2, 1. Alt. BGB) auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 450.000,-- € Zug um Zug gegen Rückübertragung des Geschäftsanteils an der T-GmbH an T zustehen. T kann eine arglistige Täuschung auch durch Unterlassen begangen haben, wenn ihm eine **Aufklärungspflicht** oblag. T könnte U dadurch getäuscht haben, daß er ihm den schleppenden Zahlungseingang von der X-AG und die Tatsache verschwieg, dass der Reingewinn der GmbH der vergangenen Jahre zu fast der Hälfte auf den Aufträgen der X-AG beruhte. Diese für die Willensbildung des U offensichtlich besonders wichtigen Umstände hätte T dem U auch ungefragt offenbaren müssen.<sup>15</sup> Auch dürfte der Zweck, den U mit dem Kauf des einzigen Geschäftsanteils an der T-GmbH verfolgte, den Betrieb der T-GmbH fortzuführen, ernsthaft gefährdet sein, wenn die Hälfte der erteilten Aufträge möglicherweise nicht bezahlt wird und künftig nur noch mit der Hälfte von Aufträgen gerechnet werden kann. Eine Aufklärungspflicht ist daher zu bejahen. Für das subjektive Merkmal der **Arglist** muß zumindest bedingter Vorsatz vorliegen.<sup>16</sup> Zwar wußte T von dem schleppenden Zahlungseingang seitens der X-AG, doch schätzte T die Bedeutung dieses Umstands und damit seine Offenbarungspflicht falsch ein. Dieser Rechtsirrtum des T schließt den Vorsatz grundsätzlich aus,<sup>17</sup> auch wenn er auf grober Fahrlässigkeit beruht. (Bei guter Begründung kann auch die Annahme einer arglistigen Täuschung des T vertreten werden.)
- b) Ein Anfechtungsrecht nach **§ 119 II BGB** ist nicht schon wegen §§ 434 ff. BGB ausgeschlossen,<sup>18</sup> weil letztere Vorschriften mangels Vorliegen eines kaufrechtlichen Mangels nicht einschlägig sind (s. o. unter I.1). Allerdings müßte sich U über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des verkauften Unternehmens geirrt haben. Dass 4 LKWs aus dem Fuhrpark der T-GmbH zur Sicherheit an die G-Bank übereignet sind und damit nicht alle LKWs im Eigentum der T-GmbH stehen, begründet keine verkehrswesentliche Eigenschaft des Unternehmens als Ganzes. Insofern können die gleichen Argumente herangezogen werden, mit

---

<sup>15</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 1971, 1795, 1799; BGH LM § 276 BGB (Fb) Nr. 1 (zur *culpa in contrahendo*).

<sup>16</sup> Vgl. z. B. BGH WM 1963, 511, 513; Soergel-*Hefermehl*, 13. A., § 123 BGB Rn 27).

<sup>17</sup> Vgl. z. B. Palandt-*Heinrichs*, 61. A., § 276 BGB Rn 11.

<sup>18</sup> Zu diesem grundsätzlichen Ausschluß von § 119 II BGB durch die Vorschriften über die Mängelhaftung vgl. für das neue Recht z. B. Das neue Schuldrecht/*Haas* Kap. 5 Rn 259 f.

denen das Vorliegen eines Mangels des Unternehmens verneint wurde (s. o. unter I.1.b.aa). Im übrigen wird das Eigentum an einer Sache nach h. M. nicht als verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache angesehen.<sup>19</sup> Der in der Bilanz zum 31.12.2001 ausgewiesene Gewinn stellt keine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne von § 119 II BGB des Unternehmens der T-GmbH dar, weil der Gewinn nicht in dem Unternehmen selbst seinen Grund hat, von ihm ausgeht oder es unmittelbar kennzeichnet, sondern nur mittelbar Einfluß auf die Bewertung des Unternehmens hat.<sup>20</sup> Insofern ist der Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaften in § 119 II BGB nach bislang h. M. enger als der Beschaffenheitsbegriff in § 434 I 1 BGB.

3. Rechte des U aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB (*culpa in contrahendo*):
- a) T hat vor Abschluss des Kaufvertrages mit U eine Pflicht im Sinne von §§ 241 II, 311 II BGB zur Rücksicht auf die Interessen des U verletzt, indem er es unterließ, dem U vor Vertragsschluß den schleppenden Zahlungseingang von der X-AG und die Tatsache zu offenbaren, dass der Reingewinn der T-GmbH der vergangenen Jahre zu fast der Hälfte auf den Aufträgen der X-AG beruhte. Insofern hatte T - wie bereits oben unter 2.a) geprüft - eine vorvertragliche **Aufklärungspflicht**, weil dieser Umstand für U offensichtlich von wesentlicher Bedeutung war und den Zweck des Vertrages ernsthaft gefährdete.<sup>21</sup> Diese Aufklärungspflicht hat T nach § 276 I 1 BGB **zumindest leicht fahrlässig verletzt**.
- b) T haftet dem U nach § 280 I 1 BGB auf den hierdurch entstehenden Schaden. Dieser besteht nach § 249 I 1 BGB grundsätzlich im **negativen Vertragsinteresse**, weil davon auszugehen ist, dass U den Vertrag mit T bei korrekter Aufklärung über den schleppenden Zahlungseingang von der X-AG und dem großen Anteil der Aufträge der X-AG am Gewinn der T-GmbH nicht geschlossen hätte. T muß dem U daher jedenfalls dessen **Aufwendungen** ersetzen, die U im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages eingegangen ist. Ob U darüber hinaus die **Rückabwicklung des Vertrages mit T als Schadensersatz** ver-

---

<sup>19</sup> Vgl. BGHZ 34, 32, 41 f. m. w. N.

<sup>20</sup> So die h. M., vgl. für die wirtschaftliche Ertragsfähigkeit eines Grundstücks RGZ 149, 235, 238 f. Siehe ferner z. B. BGHZ 16, 54, 57; BGHZ 34, 32, 41 f.; BGHZ 70, 47, 48.

<sup>21</sup> Vgl. auch BGH NJW 2001, 2163, 2164.

langen kann, könnte im Hinblick auf das **Konkurrenzverhältnis zu den §§ 119 ff. BGB** zweifelhaft sein. Insbesondere könnte das Arglistfordernis in § 123 I BGB eine Sperrwirkung hinsichtlich einer Rückabwicklung des Vertrages wegen fahrlässiger Einwirkung auf die vorvertragliche Willensbildung entfalten. Die wohl h. M. läßt eine schadensersatzrechtliche Rückabwicklung wegen *culpa in contrahendo* dann zu, wenn der fehlerhaft Aufgeklärte einen Vermögensschaden erlitten hat.<sup>22</sup> Demnach könnte U die schadensersatzrechtliche Rückabwicklung nur dann verlangen, wenn das Unternehmen der T-GmbH den gezahlten Kaufpreis in Höhe von 450.000,-- € objektiv nicht wert war und dieser Minderwert auf den drohenden Ausfall der Forderungen der T-GmbH gegen die X-AG zurückzuführen ist. Hiervon kann mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ausgegangen werden.

Zweifelhaft ist, ob U statt dessen auch am Vertrag mit T festhalten und verlangen könnte, so gestellt zu werden, als hätte er die GmbH-Anteile **zu einem geringeren Preis** erworben. Die meisten Zivilsenate des BGH haben eine derartige **schadensersatzrechtliche Minderung** bislang auf der Grundlage des § 249 I 1 BGB zugelassen, ohne von dem fehlerhaft Aufgeklärten den Beweis zu verlangen, dass der Vertragspartner den Vertrag zu dem geringeren Preis auch tatsächlich geschlossen hätte.<sup>23</sup> Dies muß vor dem Hintergrund gesehen werden, dass die Rechtsprechung die §§ 459 ff. BGB a. F. als für den Unternehmenskauf ungeeignet und den Schadensersatz aus *culpa in contrahendo* als den geeigneteren und flexibleren Rechtsbehelf ansah. Diese Rechtsprechung ist in der Literatur wiederholt kritisiert worden, weil auf den nach § 249 I 1 BGB erforderlichen Beweis, dass der Vertragspartner den Vertrag auch zu dem geringeren Preis geschlossen hätte, wegen der Vertragsfreiheit nicht einfach verzichtet werden könne. Nach der ab 01.01.2002 geltenden Rechtslage und dem Bemühen des Gesetzgebers, die Haftung beim Unternehmenskauf den §§ 434 ff. BGB zu unterstellen,<sup>24</sup> die eine Minderungsmöglichkeit in § 441 BGB enthalten, dürften die Kritiker jener Rechtsprechung neue Nahrung erhalten. Von den Bearbeitern wird in dieser Hinsicht lediglich verlangt, das Problem zu sehen, kurz zu erörtern und sich entweder für oder gegen die Zulässigkeit einer schadensersatz-

---

<sup>22</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 1998, 302 ff. = WM 1997, 2309 mit einer Darstellung des Streitstands.

<sup>23</sup> Vgl. die Leitentscheidung BGHZ 69, 53 (58) = NJW 1977, 1536.

<sup>24</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 242.

rechtlichen Minderung zu entscheiden. Eine genaue Berechnung des geminder-  
ten Kaufpreises kann nicht vorgenommen werden, da aus dem Sachverhalt der  
objektive Wert des Unternehmens und die Höhe des Rückstellungsbedarfs für  
die Forderungen der T-GmbH gegen die X-AG nicht hervorgeht.

Entscheidet man gegen die Zulässigkeit einer schadensersatzrechtliche Min-  
derung, bliebe dem U noch die Möglichkeit, am Vertrag festzuhalten, das Unter-  
nehmen zu behalten und Ersatz der objektiven Wertdifferenz zu verlangen. Das  
ist die Differenz zwischen dem gezahlten Kaufpreis und einem etwaigen niedri-  
geren objektiven Wert des Unternehmens. Hieraufbraucht nicht eingegangen zu  
werden, da der Sachverhalt hierzu keine Angaben enthält. Den Anspruch auf  
Ersatz der objektiven Wertdifferenz geben die Rechtsprechung und die wohl  
h. Lit. auch unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des § 251 I BGB vorlie-  
gen, insbesondere ob die Rückgängigmachung des Vertrages möglich ist oder  
nicht.<sup>25</sup>

- c) Ob dem U ein Mitverschulden nach **§ 254 I BGB** entgegengehalten werden  
kann, weil er es unterlassen hat, bei der T-GmbH eine “Due Diligence”-Prüfung  
im Vorfeld des Unternehmenskaufes vorzunehmen, braucht nicht erörtert wer-  
den.<sup>26</sup> Zwar genügt für § 254 I BGB im Gegensatz zu § 442 I 2 BGB nach h. M.  
ein Außerachtlassen derjenigen Sorgfalt, die jedem ordentlichen und verständi-  
gen Menschen in der Lage des Geschädigten obliegt, um sich vor Schaden zu  
bewahren.<sup>27</sup> Zu der Frage, ob und in welchem Ausmaß U hiernach eine Due  
Diligence hätte durchführen müssen und ob er hierbei auf den schleppenden  
Zahlungseingang von der X-AG hätte stoßen müssen, enthält der Sachverhalt  
aber bewusst keine Angaben.
4. Ein Anspruch aus **§ 313 I BGB** scheidet nach h. M. neben einem Anspruch aus  
§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB aus, weil der Käufer, der sich auf die Information  
des Verkäufers verläßt und sich diese Information nicht garantieren läßt, grund-

---

<sup>25</sup> Dem T kann ein Recht nach § 251 II 1 BGB, den U in Geld in Höhe der objektiven Wertdiffe-  
renz zu entschädigen und das Unternehmen nicht zurücknehmen zu müssen, allenfalls dann  
gegeben werden, wenn die Rückabwicklungskosten gemessen an der objektiven Wertdifferenz  
unverhältnismäßig hoch sind und U kein schutzwürdiges Interesse an der Rückgängigmachung  
des Vertrages hat. Vgl. *Huber AcP* 202 (2002), 179, 216.

<sup>26</sup> Eine Prüfung dieser Frage soll allerdings keinesfalls als Fehler bewertet werden.

<sup>27</sup> Sog. “Obliegenheit”, vgl. z. B. *BGHZ* 3, 46, 49; 57, 137, 145.



sätzlich das Risiko der Fehlerhaftigkeit der Information trägt, sofern nicht den Verkäufer ein Verschulden trifft.<sup>28</sup> Trifft den Verkäufer ein Verschulden vor oder bei Abschluss des Vertrages, ist dies kein Umstand im Sinne von § 313 I BGB, der sich **nach** Vertragsschluß schwerwiegend verändert und weswegen die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätte, wenn sie die Veränderung vorausgesehen hätten. Insofern kommt lediglich die Verschuldenshaftung nach §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB in Frage.

## II. Rechte des U gegen T in der Fallabwandlung

1. Rechte des U nach §§ 453 I, 433, 437 Nr. 1 - 3 BGB wegen eines etwaigen **Mangels** des Unternehmens der T-GmbH:
  - a) Die Regelungen der §§ 433 ff. BGB sind auf den Kauf des Unternehmens der T-GmbH nach § 453 I BGB entsprechend anwendbar (s. o. I.1.a).
  - b) Anders als im Grundfall haben T und U in der Fallabwandlung die Angaben in der Bilanz zum 31.12.2001 und in den Steuerbilanzen der beiden vorangehenden Jahre **konkludent zum Vertragsinhalt gemacht**. Eine Garantie oder besondere Einstandserklärung für die Richtigkeit der Angaben ist nicht erforderlich, die bloße Beschreibung bzw. Wiedergabe der Gewinnangaben in den Bilanzen genügt.<sup>29</sup> Die Gewinnangabe in der Bilanz zum 31.12.2001 war wegen des schleppenden Zahlungseingangs von der X-AG und der Tatsache, dass der Reingewinn der T-GmbH in den vergangenen Jahren zu fast der Hälfte auf den Aufträgen der X-AG beruhte, unrichtig. Das verkaufte Unternehmen könnte daher **nach § 434 I 1 BGB wegen Fehlens einer vereinbarten Beschaffenheit bei Gefahrübergang einen Sachmangel** aufweisen. An dieser Stelle muß entschieden werden, ob es sich bei der Gewinnangabe in einer Bilanz um eine **Beschaffenheit des Unternehmens** handelt. Verneint man dies, weil man für eine enge Interpretation des Beschaffenheitsbegriffs plädiert (s. o. unter I.1.b.bb), muß die folgende Prüfung im Wege eines Hilfgutachtens fortgesetzt werden. Bejaht man, dass die Gewinnangabe in der Bilanz vom 31.12.2001 eine

---

<sup>28</sup> Vgl. zu den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach früherer Rechtslage *Huber AcP* 202 (2002), 179, 218 ff. m. w. N. Diese Begründung trifft auch auf § 313 BGB zu.

<sup>29</sup> Vgl. z. B. Palandt-*Putzo*, SMG-Ergänzungsband, § 434 BGB Rn 16.

Beschaffenheit des Unternehmens der T-GmbH darstellt, ist ein Sachmangel gegeben, weil die Gewinnangabe **bei Gefahrübergang**, also nach § 446 S. 1 BGB bei der **Übernahme des Betriebes** durch U, unrichtig war.<sup>30</sup>

- c) Da das gekaufte Unternehmen mangelhaft ist, hat U die **Rechte nach § 437 BGB**:
- aa) **Nacherfüllung** in Gestalt der Nachlieferung nach §§ 437 Nr. 1, 439 I, 2. Alt. BGB kommt von vornherein nicht in Betracht, weil das Unternehmen der T-GmbH keine vertretbare Sache ist. Auch eine Nacherfüllung in Gestalt der Mängelbeseitigung nach §§ 437 Nr. 1, 439 I, 1. Alt. BGB ist hinsichtlich unrichtiger Gewinnangaben für zurückliegende Zeiträume unmöglich.<sup>31</sup>
- bb) U könnte nach §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V BGB von dem Unternehmenskaufvertrag **zurücktreten**. Wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung bräuchte U dem T keine angemessene Frist zur Nacherfüllung zu setzen, weil T insofern nach § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht befreit ist.<sup>32</sup> Auch ist der Rücktritt nicht wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung nach § 323 V 2 BGB ausgeschlossen. Allerdings ist ein Rücktritt von einem Unternehmenskaufvertrag generell ungeeignet, weil sich das Unternehmen als “lebendiger Organismus” bei Ausübung des Rücktrittsrechts typischerweise nicht mehr in demselben Zustand befindet wie bei Gefahrübergang. Deshalb wird vertreten, das Rücktrittsrecht beim Unternehmenskauf wegen der in § 453 I BGB angeordneten nur “entsprechenden Anwendung” der §§ 433 ff. BGB ganz außer Betracht zu lassen.<sup>33</sup> Dies dürfte zweifelhaft sein, weil das Rücktrittsrecht bei anderen Kaufverträgen über Rechte oder sonstige Gegenstände durchaus in Betracht kommt. Die Rückgewähr oder Herausgabe des Unternehmens ist auch nicht gemäß § 346 II Nr. 1 BGB nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen. Vorzugswürdig erscheint daher die Lösung, die im Rahmen von **§ 346 II Nr. 2 BGB** statt der Rückgewähr des Unternehmens eine Pflicht zum Wertersatz befürwortet, soweit der Unternehmenskäufer das Unternehmen ganz oder teilweise

---

<sup>30</sup> Vgl. zum Gefahrübergang beim Unternehmenskauf z. B. BGHZ 138, 195, 204 ff.; Das neue Schuldrecht/*Haas* Kap. 5 Rn 550.

<sup>31</sup> Vgl. z. B. *Gaul* ZHR 166 (2002), 35, 54; Das neue Schuldrecht/*Haas* Kap. 5 Rn 551.

<sup>32</sup> Vgl. Das neue Schuldrecht/*Haas* Kap. 5 Rn 156; Palandt-*Putzo*, SMG-Ergänzungsband, § 440 BGB Rn 9.

<sup>33</sup> Vgl. Das neue Schuldrecht/*Haas* Kap. 5 Rn 552.

verbraucht, veräußert, belastet oder verarbeitet hat, was typischerweise der Fall sein dürfte.<sup>34</sup> U könnte hiernach Rückgewähr des gezahlten Kaufpreises (450.000,-- €) Zug um Zug (§ 348 BGB) gegen Wertersatz für das Unternehmen verlangen. Ein Rücktritt wäre daher für U nicht vorteilhaft, wenn er das Unternehmen der T-GmbH gemessen an dessen objektiven Wert zu billig erworben hat.

- cc) Statt vom Kaufvertrag zurückzutreten, hat U ferner nach §§ 437 Nr. 2, 441 BGB die Möglichkeit der **Minderung** des gezahlten Kaufpreises durch einseitige Erklärung gegenüber T und kann den zuviel gezahlten Kaufpreis von T nach §§ 441 IV, 346 I, 347 I BGB erstattet verlangen. Wie beim Rücktritt ist hierfür grundsätzlich der fruchtlose Ablauf einer gesetzten angemessenen Frist Voraussetzung, die hier jedoch entfällt, weil die Nacherfüllung unmöglich ist (s. o.). Eine genaue Berechnung des geminderten Kaufpreises nach § 441 III BGB braucht nicht vorgenommen werden, weil der objektive Wert des Unternehmens der T-GmbH in mangelfreiem Zustand und sein wirklicher Wert in mangelhaftem Zustand im Sachverhalt nicht mitgeteilt ist.
- dd) Schließlich kann U **nach §§ 437 Nr. 3, 440, 311a II BGB Schadensersatz statt der Leistung** verlangen. Nicht §§ 280 I, III, 281, 283 BGB sind einschlägig, sondern § 311a II BGB, weil **bereits bei Vertragsschluß** ein Mangel in Gestalt des schleppenden Zahlungseingangs von der X-AG und des daraus resultierenden mindestens geringeren Reingewinns der T-GmbH vorlag.<sup>35</sup> Dieser Mangel war auch **unbehebbar**, weil die Nacherfüllung unmöglich ist (s. o. II.1.c.aa). Den **großen Schadensersatz**, also den Wert des Unternehmens in mangelfreiem Zustand gegen Rückgewähr des Unternehmens an T kann U nicht verlangen. Dem steht nämlich wie beim Rücktrittsrecht (s. o. II.1.c.bb) **§ 346 II Nr. 2 BGB** entgegen, der nach §§ 311a II 2, 281 V BGB entsprechende Anwendung auf die Pflicht des U zur Rückgewähr des Unternehmens findet und U zur Leistung von Wertersatz für das mangelhafte Unternehmen verpflichtet. U kann daher im

---

<sup>34</sup> Vgl. z. B. *Gaul* ZHR 166 (2002), 35, 55 f., der allerdings (aaO S. 56 f.) zusätzlich ähnlich wie *Haas* (aaO, in der vorigen Fußnote) auf die Möglichkeit der Beschränkung auf der Rechtsfolgende wegen der in § 453 I BGB angeordneten nur "entsprechenden Anwendung" der §§ 433 ff. BGB hinweist.

<sup>35</sup> Zur Anwendbarkeit von § 311a II BGB im Gegensatz zu §§ 280, 281, 283 BGB bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung vgl. z. B. *Das neue Schuldrecht/Haas* Kap. 5 Rn 249 f.; *Palandt-Putzo*, SMG-Ergänzungsband, § 437 BGB Rn 33.

Ergebnis nur den **kleinen Schadensersatz**, d. h. die Differenz zwischen dem Wert des Unternehmens in mangelfreiem Zustand (zuzüglich etwaiger Aufwendungen) und dem Wert des Unternehmens in mangelhaftem Zustand verlangen.

- ee) Ein Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach §§ 437 Nr. 3, 284 BGB **anstelle** von Schadensersatz ist im vorliegenden Fall für U nicht sinnvoll.
  - d) Die Mängelrechte des U sind **nicht nach § 442 I 1, 2 BGB ausgeschlossen**, weil U den Mangel weder kannte noch ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war. Im Ansatz erwägenswert erscheint allenfalls, dem U insofern grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen, als er vor Erwerb der GmbH-Anteile das Unternehmen der T-GmbH nicht einer “Due Diligence”-Prüfung unterzogen hat.<sup>36</sup> Die wohl h. M. lehnt es jedoch ab, dem Unternehmenskäufer allein wegen unterlassener Due Diligence grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen.<sup>37</sup> Jedenfalls kann ein derartiger Vorwurf nicht ohne weitere Angaben im Sachverhalt, insbesondere zu Größe, Struktur und Wettbewerbssituation des Unternehmens und den Umständen des Unternehmenskaufes, erhoben werden. Ferner scheidet ein Ausschluß der Mängelrechte nach **§ 377 HGB** von vornherein aus, weil es sich bei einem Unternehmen nicht um eine Ware (bewegliche Sache) handelt. Für eine Erörterung, ob die Mängelrechte des U verjährt sind, fehlt im Sachverhalt jeglicher Anhaltspunkt.
2. Neben den Mängelrechten aus § 437 BGB ist eine Anfechtung nach **§ 119 II BGB** wegen Irrtums über die Eigenschaft, deren Fehlen einen Mangel begründet, ausgeschlossen.<sup>38</sup> Die Mängelrechte gehen einem Anspruch aus **§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB** (*culpa in contrahendo*) vor, weil § 437 BGB insofern *lex specialis* ist.<sup>39</sup> Dies gilt auch für einen Anspruch aus **§ 313 I BGB**, weil T und U die Gewinnangabe in der Bilanz vom 31.12.2001 als Beschaffenheit des Unternehmens der T-GmbH zum Inhalt des zwischen ihnen geschlossenen Vertrages gemacht haben und nicht lediglich zur Vertragsgrundlage.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Diese Frage braucht nicht erörtert werden. Eine Prüfung dieser Frage soll allerdings keinesfalls als Fehler bewertet werden (vgl. oben I.3.c mit Fußnote 26).

<sup>37</sup> Vgl. z. B. *Huber AcP* 202 (2002), 179, 201 (bezüglich der vergleichbaren Norm des § 460 BGB a. F.); *Weitnauer NJW* 2002, 2511, 2516.

<sup>38</sup> Siehe oben Fußnote 17.

<sup>39</sup> Vgl. z. B. Palandt-*Putzo*, SMG-Ergänzungsband, § 437 BGB Rn 51.

<sup>40</sup> Vgl. Palandt-*Putzo*, SMG-Ergänzungsband, § 313 BGB Rn 6 m. w. N.