

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 145/63

URTEIL

Verkündet am
24. November 1965
Wüst
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der offenen Handelsgesellschaft F. Z. [REDACTED] & Co., B. [REDACTED]
[REDACTED], L. [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihre Gesellschafter
Franz und Gerhard Z. [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Widerklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Professor Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Facharzt Dr. Gerhard G. [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Signe G. [REDACTED] geb. H. [REDACTED],
beide wohnhaft in F. [REDACTED], L. [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Paul [REDACTED] -.

Der I.-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Dr. Sprenkmann, Alff und Dr. Simon

für Recht erkannt:

- I. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts Berlin vom 22. Januar 1963 wird zurückgewiesen, soweit die den Anspruch der Beklagten auf Zahlung von 3.791,-- DM betrifft.
- II. Im übrigen wird das Urteil aufgehoben. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger waren alleinige Gesellschafter der G. & Co. Druckerei und Verlags-Gesellschaft mit beschränkter Haftung in B. mit nominellen Geschäftsanteilen von 15.000,-- DM (Kläger zu 1) und 5.000,-- DM (Klägerin zu 2).

Durch notariellen Vertrag vom 5. November 1958 traten sie ihre Geschäftsanteile an die Beklagte ab.

Durch einen weiteren privatschriftlichen Vertrag, dessen Abschlußdatum die Kläger mit dem 6. Februar 1959, die Beklagte mit dem 1. Dezember 1958 angegeben haben, erfolgte die Festsetzung des Gegenwertes für die übertragenen Geschäftsanteile mit 50.000,- DM. In demselben Vertrag verkaufte der Kläger zusätzlich Druckereimaschinen an die Beklagte zum Preise von 10.000,-- DM. Dieser Vertrag enthält eine Reihe von Verrechnungen auf die genannten Kaufpreise. Die Parteien sind darüber einig, daß insgesamt 48.450,20 DM durch Verrechnung und Zahlung getilgt worden sind.

Die Bezahlung des Restbetrages sollte laut Vertrag durch eine besondere Vereinbarung geregelt werden, die Abrechnung am 15. Februar 1959 erfolgen.

Unter Anrechnung eines weiteren Teilbetrages von 2.775,55 DM auf den Kaufpreis haben die Kläger am Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie DM 8.774,25 nebst 9 % Zinsen seit dem 1. November 1958 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, widerklagend,

die Kläger als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 5.267,17 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 20. Mai 1961 zu zahlen.

Die Kläger haben Abweisung der Widerklage beantragt. Die Beklagte hat vorgetragen, die Kläger müßten ihr auf die



Kaufpreisforderung weitere Beträge gutbringen, so daß der Restkaufpreis getilgt sei und die Kläger darüber hinaus verpflichtet seien, an sie die mit der Widerklage verlangten 5.267,17 DM zu zahlen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und die Kläger auf die Widerklage unter deren Abweisung im übrigen als Gesamtschuldner zur Zahlung von 1.528,97 DM nebst Zinsen verurteilt. In den Entscheidungsgründen ist zu den in die Revisionsinstanz gelangten Positionen ausgeführt:

Die Beweisaufnahme habe ergeben, daß sich die Kläger zur Erstattung von 495.-- DM Steuern für die GmbH-Gründung und von 3.791.-- DM Mehrsteuern wegen Verwerfung der Buchführung verpflichtet hätten. Nicht begründet sei dagegen ein Schadensersatzanspruch im Betrage von 3.738,20 DM, den die Beklagte wegen der Vorlage einer hinsichtlich eines Gewinnpostens unrichtigen Bilanz erhoben und dessen Anerkennung durch die Kläger sie behauptet hatte. Die Beklagte habe nämlich das Angebot in dem Schreiben des Klägers vom 5. Oktober 1959, in dem sie das Anerkenntnis erblickt hatte, nicht angenommen. Bei der Festsetzung des Kaufpreises habe die Beklagte im übrigen die Unrichtigkeit der Bilanz gekannt. Schließlich habe die Beklagte auch nicht dargetan, daß ihr insoweit ein Schaden entstanden sei; denn sie habe nicht dargelegt, daß die Geschäftsanteile wegen der unrichtigen Gewinnangabe weniger wert gewesen seien.

In der Berufungsinstanz haben die Kläger beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils

- a) die Beklagte zu verurteilen, an sie 5.160,23 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 1. November 1958 zu zahlen,
- b) die Widerklage auch insoweit abzuweisen, als sie verurteilt worden seien,
- c) die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte hat beantragt,

- a) unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Kläger als Gesamtschuldner auf die Widerklage zu verurteilen, an sie weitere 3.738,20 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 20. Mai 1961 zu zahlen,
- b) die Berufung der Kläger zurückzuweisen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, auf die Berufung der Kläger die Widerklage abgewiesen und auf die Klage die Beklagte unter Abweisung der Klage im übrigen zur Zahlung von 2.757,03 DM verurteilt. Dieser Verurteilung liegt folgende Berechnung zugrunde:

Kaufpreis = 60.000,-- DM abzüglich zu Gunsten der Beklagten verrechneter 57.242,97 DM = 2.757,03 DM.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre Anträge aus dem zweiten Rechtszug weiter. Die Kläger bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Zwischen den Parteien steht nunmehr fest, daß auf den Kaufpreis von 60.000,-- DM Beträge in Höhe von insgesamt 57.242,97 DM verrechnet worden sind.

In der Revisionsinstanz ist noch über folgende drei Positionen zu entscheiden, die die Beklagte ebenfalls mit dem Kaufpreis verrechnen will, bzw. deren den Kaufpreis übersteigenden Betrag sie mit der Widerklage verlangt:

- a) 495,-- DM bezahlte Gesellschaftssteuer für GmbH-Gründung.
- b) 3.791,-- DM angebliche Mehrsteuern wegen Verwerfung der Buchführung durch das Finanzamt.
- c) 3.738,20 DM Schadensersatzforderung wegen behaupteter unrichtiger Gewinnangabe in der Bilanz.

I. 1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte dürfe die von ihr an das Finanzamt abgeführten 495,-- DM für bei der Gründung der GmbH entstandene Gesellschaftssteuer nicht gegen den Kaufpreis verrechnen.

Dazu führt das Berufungsgericht aus: Aus der Aussage des im ersten Rechtszug vernommenen Steuerberaters W[REDACTED] lasse sich eine Verpflichtung der Kläger, diesen Betrag zu erstatten, entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht entnehmen. Wissmann habe diesen Betrag in seiner Aussage nicht ausdrücklich erwähnt. Wenn er bekundet habe, der Kläger zu 1) habe sich verpflichtet, alle durch die Vervollständigung der Buchführung künftig anfallenden Steuern, soweit sie auf vor dem 5. November 1958 liegenden Vorgängen beruhten, zu bezahlen, so könne sich dies der Erklärung nach nur auf Steuern bezogen haben, die dadurch entstehen würden, daß infolge der Vervollständigung der Buchführung durch den Steuerberater W[REDACTED] sich nunmehr

andere Berechnungsgrundlagen ergäben. Darunter fielen aber nicht Steuern, die bereits zu einem früheren Zeitpunkt entstanden seien und deren Abführung nur unterblieben sei.

2. a) Die gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

Das Berufungsgericht durfte die Vereinbarung der Parteien über die Erstattung von Steuerbeträgen durch die Kläger nicht in seinem Sinne auslegen, ohne vorher den Steuerberater Wissmann nochmals zu diesem Punkt vernommen zu haben. Der in der Niederschrift des Landgerichts vom 4. Dezember 1961 über die Vernehmung des W. [REDACTED] enthaltene Satz, der Kläger zu 1) habe sich bereit erklärt, alle durch die Vervollständigung der Buchführung zukünftig anfallenden Steuern zu bezahlen, soweit sie auf Vorgängen vor dem 5. November 1958 beruhten, ist unklar und kann für sich allein die Auslegung des Berufungsgerichts nicht rechtfertigen, besonders, nachdem das Landgericht, das die Vernehmung durchgeführt und die Niederschrift darüber angefertigt hat, die Aussage in einem anderen Sinne aufgefaßt hatte. Diese Auffassung war zumindest nicht ohne weiteres abwegig; denn die Gesellschaftssteuerschuld war in den Bilanzen nicht als solche ausdrücklich aufgeführt, und die Tatsache, daß sie nicht gezahlt war, stellte sich möglicherweise gleichfalls erst bei der Aufarbeitung der Buchführung heraus. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen auch nicht erkennen, daß es etwa weitere, außerhalb der Niederschrift liegende Umstände herangezogen hat und durch deren Würdigung in Verbindung mit der in der Nieder-

schrift enthaltenen Aussage zu seiner Auslegung gelangt ist. Nach alledem ist es daher rechtsfehlerhaft, daß das Berufungsgericht, bevor es die Beweisaufnahme abweichend vom Landgericht würdigte, die Vernehmung des Steuerberaters W. nicht wiederholt hat, auf dessen Zeugnis die Beklagte sich für den Inhalt der hier in Betracht kommenden Vereinbarung vom 18. Dezember 1958 auch im zweiten Rechtszuge berufen hatte.

b) Aber auch soweit das Berufungsgericht die Auffassung vertritt, die Beklagte habe auch unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten keinen Anspruch auf Erstattung der vorauslagten Gesellschaftssteuer, sind seine Ausführungen von Rechtsirrtum beeinflusst.

Nicht zu beanstanden ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß die Beklagte das Unternehmen der Klägerin als Ganzes mit Aktiven und Passiven übernommen habe. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung, daß der Verkauf aller Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in einem einheitlichen Rechtsgeschäft an einen einzigen Erwerber regelmäßig als Verkauf des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens selbst anzusehen ist (RGZ 120, 283, 286; RG DR 44, 485). Auch begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht die Gesellschaftssteuer dem Betrieb zugerechnet hat. Diese Steuer ist zwar keine Betriebsausgabe, aber sie kann gemäß § 11 Nr. 1 KStG als Teil der gewinnmindernden Gründungskosten der Gesellschaft mit beschränkter Haftung abgesetzt werden (Blümig/Klein/Steinbring/Stutz, Körperschaftsteuergesetz, 4. Aufl. Anm. II - 3 - zu § 11 KStG; RFH RStB1

1934, 835). Das Berufungsgericht hat dann geprüft, ob die Gesellschaftssteuerschuld in den Bilanzen zum 31. Dezember 1957 und 30. Juni 1958 enthalten gewesen sei oder nicht. Es ist hierbei ersichtlich von der ebenfalls aus Rechtsgründen nicht angreifbaren Erwägung ausgegangen, daß nur die in den Bilanzen aufgeführten Passiven von der Beklagten übernommen worden seien. Von diesem Ausgangspunkt aus war es aber rechtlich verfehlt, wenn das Berufungsgericht die Erstattungspflicht der Kläger mit der Begründung verneint, daß die Steuerschuld sich aus den Bilanzen nicht ergebe, könne nicht ausgeschlossen werden, daß sie sich in dem Posten "Rechnungsabgrenzung" der Bilanz vom 30. Juni 1958 befinde und diese Bilanz somit nicht unrichtig sei. Entgegen der hierin zum Ausdruck gelangten Auffassung des Berufungsgerichts wäre es Sache der Kläger gewesen, darzulegen und notfalls zu beweisen, daß der Posten Gesellschaftsteuer tatsächlich in dem Posten "Rechnungsabgrenzung" enthalten war. Die bloße Möglichkeit, daß dies der Fall war, reicht nicht aus, auch die Gesellschaftssteuerschuld als von den Beklagten übernommen anzusehen. Falls die Kläger nicht ihrerseits den Nachweis führen, daß in den Passiven der Bilanz die rückständige Gesellschaftsteuer ausgewiesen ist, hat die Beklagte diesen Posten nach dem Inhalt des Kaufvertrags im Verhältnis der Parteien nicht übernommen. Sie kann alsdann von den Klägern Erstattung ihrer Aufwendungen verlangen, wobei das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben wird, daß die Kläger auch persönlich für die Gesellschaftsteuer haftet haben und durch die Zahlung der Beklagten von dieser Verbindlichkeit befreit worden sind.

II. 1. Soweit die Beklagte den Betrag von 3.791,-- DM auf den Kaufpreis verrechnen will, weil in dieser Höhe durch die Verwerfung der Buchführung Mehrsteuern entstanden seien, führt das Berufungsgericht aus: Aus dem Betriebsprüfungsbericht des Finanzamts vom 6. März 1961 ergebe sich zwar, daß in dieser Höhe Rückstellungen gebildet worden seien und zwar für das Jahr 1957 Gewerbesteuer 600,-- DM, Körperschaftssteuer 1.170,-- DM und für das Jahr 1959 Körperschaftssteuer 2.021,-- DM, insgesamt also 3.791,-- DM. Die Beklagte hätte jedoch durch Vorlage der entsprechenden berichtigten Steuerbescheide nachweisen müssen, daß tatsächlich Mehrsteuern in dieser Höhe von ihr bezahlt worden seien. Daran fehle es. Der Prüfungsbericht gebe lediglich einen Anhalt dafür, daß in Zukunft wegen Verwerfung der Buchführung Steuern in dieser Höhe noch entstehen könnten. Da dieser Posten bereits im ersten Rechtszug unter den Parteien streitig gewesen sei, hätte die Beklagte die entsprechenden Beweismittel vorlegen müssen, um ihre Forderung in dieser Höhe darzutun. Einer Auflage des Gerichts habe es nicht bedurft, nachdem der Rechtsstreit bereits über zwei Jahre anhängig sei und in einer früheren Verhandlung vor dem Berufungsgericht die einzelnen Punkte bereits mit den Parteien erörtert worden seien. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob die Kläger sich in der Besprechung vom 18. Dezember 1958 verpflichtet hätten, die zusätzlichen Steuerbeträge zu entrichten.

2. Die gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nicht den erforderlichen Nachweis durch Vorlage der be-

richtigten Steuerbescheide oder in ähnlicher Weise erbracht, enthält eine tatrichterliche Würdigung und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Kläger hatten ausdrücklich bestritten, daß Mehrsteuern in Höhe von 3.791,-- DM entstanden seien. Die Beklagte hat demgegenüber lediglich auf den Betriebsprüfungsbericht des Finanzamtes verwiesen. Das Berufungsgericht erachtet ohne Rechtsverstoß den Beweis durch diesen Bericht nicht für geführt, weil in diesem Bericht zwar Rückstellungen für Steuern aufgeführt seien, daraus aber nicht erkennbar sei, daß im Wege einer berechtigten Veranlagung tatsächlich eine Nachversteuerung erfolgt sei. Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang die Wendung gebraucht hat, die Beklagte habe durch Vorlage der berechtigten Steuerbescheide dartun müssen, daß tatsächlich Mehrsteuern in dieser Höhe von ihr auch bezahlt worden seien, so handelt es sich dabei ersichtlich um ein Vergreifen im Ausdruck. Nach dem Satzzusammenhang hat das Berufungsgericht nur den Beweis der nachträglichen berechtigten Veranlagung, d.h. der rechtsverbindlichen Feststellung der Steuerschuld und nicht den Beweis der Bezahlung dieser Schuld fordern wollen, der sich aus den Steuerbescheiden auch nicht führen ließe. Da die Beklagte die rechtsverbindliche Feststellung der Steuerschuld gleichfalls nicht nachgewiesen hatte, ist die hier vorhandene Unstimmigkeit im Ergebnis ohne Belang. Das Berufungsgericht hat ferner im einzelnen dargelegt, aus welchen Gründen es von einer Auflage an die Beklagte abgesehen hat; auch diese Er-

wägungen lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Da nach den rechtsirrtumsfreien Ausführungen des Berufungsgerichts die Beklagte das Bestehen einer Mehrsteuer nicht bewiesen hat, brauchte sich das Berufungsgericht nicht mit den möglicherweise in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen für die Begründung eines Erstattungsanspruchs auseinanderzusetzen.

III. Das Berufungsgericht hat schließlich das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs der Beklagten in Höhe von 3.738,20 DM verneint.

1. Das Berufungsgericht führt zu einem möglicherweise in Betracht kommenden bindenden Anerkenntnis der Kläger aus, ein solches könne dem Schreiben des Klägers zu 1) vom 5. Oktober 1959 nicht entnommen werden. Die entsprechenden Ausführungen des Klägers zu 1) in diesem Schreiben enthielten lediglich eine Berechnung, wie sich nach seiner Ansicht ein etwaiger Verlust der Beklagten durch die unrichtige Bilanzangabe darstelle. Aus den beiden Schlußabsätzen des Schreibens gehe deutlich hervor, daß der Kläger zu 1) keineswegs ein endgültiges Anerkenntnis habe abgegeben, sondern eine abschließende Bereinigung dieser Angelegenheit erst einer gemeinsamen Besprechung mit den Gesellschaftern der Beklagten habe vorbehalten wollen. Die Beklagte habe alsdann mit ihrem Schreiben vom 6. Oktober 1959 die Berechnungen des Klägers zu 1) endgültig abgelehnt. Damit sei das entsprechende Angebot der Kläger hinfällig geworden.

Diese Auslegung einer individuellen Erklärung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Revision hat insoweit auch keine Beanstandungen erhoben.

2. Das Berufungsgericht verneint einen Schadensersatzanspruch der Beklagten so-dann auch unter den rechtlichen Gesichtspunkten der §§ 463, 459 BGB und der Haftung aus unerlaubter Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB, § 826 BGB).

a) Dazu führt das Berufungsgericht aus: Wenn auch nur die Geschäftsanteile der GmbH veräußert worden seien, so handle es sich in Wahrheit doch um die Veräußerung des von der GmbH betriebenen Geschäftsunternehmens; infolgedessen seien die Vorschriften über den Kauf und über die Gewährleistung bei Sachmängeln anwendbar. Die Kläger hätten nicht bestritten, daß die Bilanz zum 30. Juni 1958 unrichtige Gewinnzahlen enthalten habe. Diese Bilanz sei der Beklagten auf ihr Verlangen vorgelegt worden, und zwar jedenfalls vor dem 1. Dezember 1958. Wenn dieses Datum als Zeitpunkt des Abschlusses des zweiten Vertrages angesehen werde, so hätte zu diesem Stichtag eine zugesicherte Eigenschaft gefehlt, da der ausgewiesene Gewinn als eine Eigenschaft des Unternehmens angesehen werden müsse, zumal er etwas über den Umfang des veräußerten Betriebes aussage. Alles, was begrifflich das Wesen eines solchen unkörperlichen Kaufgegenstandes nach allgemeiner Auffassung und Erfahrung über seine normale Beschaffenheit ausmache und als zu ihr gehörig

angesehen werde, sei als Eigenschaft zu betrachten. Es habe auch der ständigen Rechtssprechung des Reichsgerichts entsprochen, die Ertragsfähigkeit eines Unternehmens als Eigenschaft des Kaufgegenstandes im Rechtssinne aufzufassen. In diesem Sinne könne die Zusicherung eines bestimmten Gewinnes innerhalb einer bestimmten Zeitspanne als eine Eigenschaft des Unternehmens angesehen werden, die von den Klägern durch die vorgelegte Bilanz zugesichert worden sei.

Die Beklagte habe jedoch nicht dargetan, daß der Kaufvertrag auch zu einem geringeren Kaufpreis zustande gekommen wäre. Dies müsse der Käufer darlegen, sofern er, wie die Beklagte, den Kaufgegenstand behalten wolle und im Wege des Schadensersatzes nur Herabsetzung des Kaufpreises auf den angemessenen Betrag verlange, und zwar gelte das auch bei Anwendung der §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB oder des § 826 BGB. Selbst wenn man aber aufgrund des von den Klägern im Laufe der gegenseitigen Auseinandersetzungen gezeigten Entgegenkommens hinsichtlich der Verrechnung einzelner Posten davon ausgehen wolle, daß die Kläger sich auch mit einem niedrigeren Kaufpreis einverstanden erklärt haben würden, stehe der Beklagten kein Schadensersatzanspruch zu. Die Ertragsfähigkeit des Unternehmens habe nämlich nach der Entwicklung des für die Preisgestaltung bei Geschäftsvorkäufen grundsätzlich maßgebenden Umsatzes durchaus den Erwartungen der Beklagten entsprochen. Es könne daher den Behauptungen der Beklagten, daß sie bei Kenntnis der wahren Sachlage nur einen geringeren Kaufpreis bezahlt hätten und die Kläger sich damit einverstanden erklärt haben würden, nicht gefolgt werden, zumal er-

erfahrungsgemäß bei einem so jungen Unternehmen in den ersten Jahren nicht unbedingt mit einem Gewinn gerechnet werden könne. Unter Berücksichtigung des gesamten Sachverhalts sei vielmehr davon auszugehen, daß der Wert der gekauften Geschäftsanteile bzw. des Unternehmens der GmbH dem gezahlten Kaufpreis auch unter Berücksichtigung der berichtigten Gewinnzahlen entsprochen habe, so daß die Beklagte einen Schaden infolge Vorlegung einer unrichtigen Bilanz nicht erlitten habe. Infolgedessen stehe der Beklagten ein Schadensersatzanspruch weder aus § 463 BGB noch aus §§ 823 Abs 2 BGB, 263 StGB oder 826 BGB zu.

b) Die Revision ist demgegenüber der Auffassung, wenn das Berufungsgericht - mit Recht - annehme, die Beklagte habe die Vorlage der Bilanz ausdrücklich verlangt, diese sei also für die Beklagte Voraussetzung für die Bewilligung des von den Klägern geforderten Kaufpreises gewesen, dann könne es nicht mehr darauf ankommen, ob für die Preisgestaltung beim Verkauf eines Unternehmens der Umsatz maßgebend sei, zumal die Umsatzsteigerung auf die von der Beklagten behaupteten neuen Investitionen zurückzuführen gewesen sei. Es sei deshalb auch nicht recht verständlich, inwiefern sich gerade aus der Tatsache des Umsatzanstiegs ergeben solle, daß die Ertragsfähigkeit der GmbH angeblich durchaus den Erwartungen der Beklagten entsprochen habe. Es komme auch nicht darauf an, ob erfahrungsgemäß bei einem so jungen Unternehmen in den ersten Jahren nicht unbedingt mit einem Gewinnertrag gerechnet werden könne. Bei Kenntnis der wahren Sachlage, d.h. unter Berücksichtigung der berichtigten Gewinn-

zahlen, wäre die Beklagte nicht bereit gewesen, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen.

c) Diesen Angriffen der Revision kann im Ergebnis der Erfolg nicht versagt bleiben.

Das Berufungsgericht ist in tatsächlicher Hinsicht davon ausgegangen, daß die der Beklagten auf ihr Verlangen vorgelegte Bilanz zum 30. Juni 1958 insofern unrichtig war, als sie einen um 9.000,-- DM überhöhten Reingewinn auswies. Da es den Vortrag der Beklagten über die Ursache der Unrichtigkeit nicht geprüft hat, muß ferner in der Revisionsinstanz unterstellt werden, daß entsprechend diesem Vortrag der überhöhte Gewinnbetrag willkürlich und bewußt in die erwähnte Bilanz eingesetzt worden war, um durch die Aufnahme der falschen Zahl der Anschein einer günstigeren Lage des Unternehmens hervorzurufen.

Es kann auf sich beruhen, ob die Kläger der Beklagten - was das Berufungsgericht zugunsten der Beklagten offenbar hat annehmen wollen - durch die Vorlage der unrichtigen Bilanz eine bestimmte Ertragslage und damit eine Eigenschaft des verkauften Unternehmens im Sinne der §§ 459, 463 BGB zugesichert haben (vgl. dazu RGZ 63, 58, 60; BGH NJW 1959, 1584, 1585). Hiergegen spricht das Bedenken, daß der Gewinn, der in der Bilanz eines eng begrenzten Zeitraums, hier nur eines halben Geschäftsjahres, erscheint, regelmäßig keinen hinreichend sicheren Maßstab für die Ertragslage des

Unternehmens abgeben wird (RG JW 1915, 1117; 1935, 1558). Im Streitfalle geht es indessen auch nicht entscheidend darum, ob die Beklagte in der Erwartung enttäuscht worden ist, daß das Unternehmen in Zukunft einen Ertrag abwerfen werde, der in etwa dem in der Bilanz zum 30. Juni 1958 ausgewiesenen Gewinn entsprochen hätte. Vielmehr handelt es sich um die andere Frage, welche Unterlage bei den Kaufverhandlungen der Vereinbarung über die Höhe des Kaufpreises zugrunde gelegt worden ist. Insoweit aber hat die Beklagte durch ihre Forderung nach Vorlage der Bilanz zum 30. Juni 1958 eindeutig zu erkennen gegeben, daß sie ihre Entscheidung über den zu zahlenden Preis maßgebend von dem Geschäftsergebnis in dem Zeitraum abhängig machen wolle, auf den diese Bilanz sich bezog. Damit war klaggestellt, daß dieses damalige Geschäftsergebnis für die Beklagte zumindest einen wesentlichen, wenn nicht den ausschlaggebenden Anhaltspunkt dafür bieten sollte, wie hoch der Kaufpreis für das Unternehmen zu bemessen war.

Wenn die Kläger der Beklagten daraufhin eine Bilanz mit einem - wie unterstellt werden muß - bewußt nicht unerheblich überhöhten Gewinnposten unterbreiteten, so hätten sie eine unerlaubte Handlung nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB, 826 BGB begangen. Das ist ersichtlich auch die Auffassung des Berufungsgerichts. Aufgrund des nach diesen Vorschriften gegebenen Schadensersatzanspruchs könnte

die Beklagte aber verlangen, so gestellt zu werden, wie sie stehen würde, wenn ihr zutreffende Bilanzangaben gemacht worden wären. Dies hat das Berufungsgericht verkannt, wenn es die Beurteilung des Sachverhalts aufgrund der Vorschriften über die unerlaubte Handlung ebenso wie die eines etwaigen Gewährleistungsanspruchs wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft auf die spätere Entwicklung des Umsatzes des Unternehmens abgestellt hat, auf die es in dem hier vorliegenden Zusammenhang nicht ankommen kann. Auch die Frage, ob die Beklagte bei Vorlage einer ordnungsgemäßen Bilanz nur einen geringeren Kaufpreis gezahlt hätte und ob die Kläger hiermit einverstanden gewesen wären, was die Beklagte behauptet, kann nach dem Sachverhalt, von dem hier ausgegangen werden muß, mit der Begründung des angefochtenen Urteils nicht verneint werden. Die Haltung, welche die Beklagte in diesem Falle eingenommen hätte, ergibt sich nach der Lebenserfahrung schon aus dem Umstande, daß die Beklagte vor ihrer Entschliebung über den zu bewilligenden Kaufpreis die erwähnte Bilanz erfordert hatte. Was die Bereitschaft der Kläger anbetrifft, sich im Falle einer ungünstigeren Ertragslage mit einem geringeren Kaufpreis zufrieden zu geben, so ist in diesem Zusammenhang das Schreiben des Klägers zu 1) vom 5. Oktober 1959 von Bedeutung, in dem der Kläger zu 1) eine Anzahl von Posten nicht anerkennt, andere aber anerkennt, und zwar unter den letztgenannten auch einen bei Abzug des willkürlich erhöhten Gewinnbetrages von 9.000,-- DM sich für die Beklagte ergebenden "Verlust", den er unter Berücksichtigung eines nach seiner Ansicht

infolge anderer Unrichtigkeiten in der Bilanz nicht erscheinenden Gewinnbetrags von insgesamt 2.203,20 DM und nach Abzug der Körperschaftssteuer zu seinen Lasten mit 3.738,20 DM errechnet hat. Wenn auch das Schreiben vom 5. Oktober 1959 nach der aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Auslegung des Berufungsgerichts kein Anerkenntnis der Kläger enthält, so durfte das Berufungsgericht es bei der Prüfung, ob und bejahendenfalls in welcher Höhe sich die Kläger mit einem geringeren Kaufpreis einverstanden erklärt haben würden, nicht außer Betracht lassen; denn das Schreiben gibt, gerade weil darin jeder einzelne von der Beklagten geltend gemachte Betrag kritisch erörtert und für den hier streitigen Posten ein Ersatzanspruch der Beklagten in der angegebenen Höhe veranschlagt wird, einen deutlichen Hinweis, daß der Kläger zu 1) selbst davon ausgegangen ist, der Beklagten wegen der Unrichtigkeit der Bilanz zum 10. Juni 1958 einen Ausgleich zu schulden; der weitere Schluß liegt nahe, daß die Kläger sich bei Zugrundelegung zutreffender Gewinnzahlen dann auch schon bei Abschluß des Kaufvertrags auf einen niedrigeren Preis eingelassen hätten. Im übrigen wird das Berufungsgericht, falls die hier zu unterstellenden Voraussetzungen der §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB, 826 BGB im übrigen vorliegen, zur Festsetzung der Höhe des Schadens die Vorschrift des § 287 ZPO heranziehen müssen.

IV. Die Revision war demnach zurückzuweisen, soweit die Beklagte den Betrag von 3.791,-- DM für an-

Lh

gebliche Mehrsteuern geltend macht. Im übrigen war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens vorzubehalten war.

Jungbluth

Pehle

Sprenkmann

Alff

Simon