

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 32/74

URTEIL

Verkündet am

30. April 1975

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma Tabak-W von D A OHG,
gesetzlich vertreten durch die Beklagten zu 2 - 4
2. der Helene von D A,
3. des Horst von D A,
4. des Carlheinz R von D A,
sämtlich ansässig in M, Mstraße,

Beklagte, Widerkläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

g e g e n

die Sybille T in E, J
Platz,

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Dr. Hiddemann, Wolf und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Bayerischen Oberlandesgerichts München vom 17. Oktober 1973 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht, 6. Zivilsenat, zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die zu 1 beklagte offene Handelsgesellschaft, deren Gesellschafter die Beklagten zu 2 bis 4 sind, betrieb ursprünglich einen Groß- sowie Einzelhandel in Tabakwaren, beides im Hause C[REDACTED]straße [REDACTED] in M[REDACTED]. Durch schriftlichen "Ablösungs-Kauf-Vertrag" vom 23. Oktober 1968, veräußerte sie den Geschäftszweig Einzelhandel, d. h. das Ladengeschäft, dem auch der Vertrieb von Zeitschriften, Toto und

- 3 -

Lotto angeschlossen war, an die Klägerin, eine 58-jährige Witwe. Der Kaufpreis betrug 28 000 DM zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer und 1 800 DM Maklerprovision. Außerdem hatte die Klägerin aus den überlassenen Warenbeständen, die alsbald inventarisiert wurden, "Ware für ca. 9 000 DM nach Faktura zum Einkaufspreis" zu übernehmen. Die Klägerin hat außer der Maklerprovision an die Beklagte 31 800 DM bezahlt, wovon - unstreitig - ein Teilbetrag von 5 000 DM auf übernommene Ware zu verrechnen ist.

Schon bald nach der Übernahme des Ladengeschäfts ging der Umsatz erheblich zurück, wofür die Parteien unterschiedliche Gründe anführen. Mit der im Frühjahr 1969 erhobenen Klage verlangte die Klägerin zunächst Rückgängigmachung des Kaufes, erklärte sodann die Anfechtung und ging nach Auflösung des Geschäftes Ende Juli 1969 noch im landgerichtlichen Verfahren zur Schadensersatzklage über, wobei sie ihre Ansprüche mit 45 380 DM bezifferte und diese einklagte. Sie behauptet, bei Vertragsabschluß arglistig über den erzielbaren Reingewinn getäuscht worden zu sein, den man mit monatlich 1 800 DM angegeben habe, der in Wirklichkeit aber nur 500 DM betrage.

Die Beklagten haben Klageabweisung verlangt und jede Täuschung der Klägerin ebenso bestritten wie verbindliche Zusicherungen über einen erzielbaren Reingewinn von bestimmter Höhe. Vor Abschluß des Kaufvertrages seien die Umsätze der Vorjahre der Klägerin mitgeteilt worden, diese Angaben seien richtig, und die Klägerin habe sich anhand der mit-



geteilten Umsätze den erzielbaren Reingewinn selber errechnen können. Darüber hinaus haben die Beklagten vorgebracht, nachträglich habe sich die Klägerin zur Übernahme des gesamten Warenlagers verpflichtet, jedenfalls habe sie die ihr überlassenen Bestände trotz Aufforderung nicht bis Ende 1968 zurückgegeben. Widerklagend haben die Beklagten Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 15 343,21 DM für tatsächlich übernommene restliche Lagerbestände verlangt.

Die Klägerin hat Abweisung der Widerklage beantragt und eine Warenentnahme über den bezahlten Betrag von 5 000 DM hinaus ebenso bestritten wie eine nachträgliche Vereinbarung mit den Beklagten, wonach sie die gesamten Lagerbestände gegen Entgelt zu übernehmen habe. In Wirklichkeit seien Teile der ihr übergebenen Bestände wertlos gewesen, zum anderen seien von der Gegenseite noch nach Geschäftsübernahme Waren für eigene Rechnung veräußert worden.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme der Klage in Höhe von 32 880 DM (nebst 5 % Zinsen seit 22. April 1969) stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgen die Beklagten zur Klage und zur Widerklage ihre früheren Anträge.

Entscheidungsgründe

Das angefochtene Urteil kann keinen Bestand haben.

I. Das Landgericht hat eine arglistige Täuschung der Klägerin durch die Beklagten verneint. Im Berufungsverfahren ist die Klägerin auf die von ihr erklärte Anfechtung des Kaufvertrages nicht mehr zurückgekommen. Das Berufungsurteil enthält demgemäß zu § 123 BGB keine weiteren Ausführungen. Dies ist angesichts der eingehenden und überzeugenden Behandlung dieses Punktes schon im erstinstanzlichen Urteil unbedenklich. Auch für die revisionsrechtliche Behandlung des Falles scheidet deshalb eine Prüfung unter dem Gesichtspunkt des § 123 BGB aus.

II. Beide Vorinstanzen haben den Anträgen der Klägerin mit der Begründung stattgegeben, die Beklagten hätten bei Abschluß des Kaufvertrages vom 23. Oktober 1968 einen "Reingewinn" von bestimmter Höhe (monatlich 1 500 DM) als "erzielbar" zugesichert, der in Wirklichkeit - wie insbesondere die Vernehmung des Sachverständigen ergebe - nicht zu erzielen sei. Die Haftung der Beklagten auf Schadensersatz sei deshalb unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 459 Abs. 2 BGB begründet, denn das verkaufte Erwerbsgeschäft habe nicht eine im Kaufvertrag zugesicherte Eigenschaft gehabt. Diese Begründung begegnet - zumindest nach dem derzeitigen Stand der Sachaufklärung - rechtlichen Bedenken und zwingt zur Aufhebung des Berufungsurteils.

1. Richtig ist allerdings, daß bei Verkauf eines Erwerbsunternehmens der "erzielbare Reingewinn" - vom Berufungsgericht und von den Parteien mehrfach auch als "Reinverdienst", als "Mindesteinnahme", als "Ertragsfähigkeit" bezeichnet - eine "Eigenschaft" des Kaufgegenstandes i.S. des § 459 Abs. 2 BGB darstellt, die Gegenstand einer Zusicherung sein kann, so daß bei deren Nichtvorliegen kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche gegeben sind.

2. Eine andere Frage ist jedoch, welche Anforderungen zu stellen sind, damit eine Zusicherung eben dieser Eigenschaft, die rechtliche Folgen nach § 459 Abs. 2 BGB auszulösen vermag, bejaht werden kann. Schon die Vielfalt der Bezeichnungen, die hier zur Kennzeichnung dieser Eigenschaft des Kaufgegenstandes gewählt worden sind, macht deutlich, daß das Wesen dieser Eigenschaft nicht eindeutig und nur schwer faßbar ist, so daß unterschiedliche Vorstellungen darüber, was eigentlich als "erzielbarer Reingewinn", als "Ertragsfähigkeit" usw. zu gelten hat, möglich sind. Dies findet seine Erklärung darin, daß Ausdrücke wie "erzielbarer Reingewinn" oder "Ertragsfähigkeit" nicht auf schon feststehende Fakten sondern auf künftige, zwar erwartete, aber hinsichtlich ihres Eintritts doch nicht sichere Entwicklungen hinweisen, wobei der Eintritt der künftigen Entwicklung von vielen Faktoren abhängt und von den Parteien nicht in jedem Falle verlässlich zu steuern ist. Beim Verkauf eines Erwerbsunternehmens gilt dies besonders für den Verkäufer, denn durch den Verkauf entfällt

für ihn die Möglichkeit der Einflußnahme auf das Kaufobjekt und dessen künftige Entwicklung. Letztere wird vornehmlich dadurch bestimmt, wie der Erwerber mit dem Erwerbsgeschäft verfährt. Hier liegt ein bedeutsamer Unterschied gegenüber dem "Umsatz" des Erwerbsunternehmens, dessen Höhe im Zeitpunkt der Geschäftsveräußerung leicht festzustellen und verlässlich zu kontrollieren ist. Beim "erzielbaren Reingewinn", bei der "Ertragsfähigkeit" usw. kommt es wesentlich auf die Person des Erwerbers an; denn nicht nur von der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung, von der örtlichen Lage, der Situation der Branche usw. sondern in erster Linie von der Persönlichkeit des Erwerbers wird es abhängen, in welcher Höhe "Reingewinn" in Zukunft und auf längere Sicht zu erzielen ist. Dies gilt zum einen für die Einnahmeseite, deren Ergebnis wesentlich von der Art, der Geschicklichkeit und dem Ausmaß des Arbeitseinsatzes beim Erwerber abhängt. In wenigstens gleichem Maße gilt es aber auch für die Kostengestaltung, wobei die Niedrighaltung der Kosten besondere Sachkunde des Erwerbers voraussetzt. Beide Faktoren, die für die Höhe des Gewinns bestimmend sind, stehen in enger Wechselwirkung miteinander, was insbesondere darin zum Ausdruck kommt, daß starker persönlicher Einsatz des Geschäftsübernehmers nach Fortführung des Geschäftes die Personalkosten niedrig zu halten vermag. Der "Gewinn" wird auch noch von weiteren Kostenfaktoren beeinflußt. Deshalb wird dem "Gewinn" der Begriff des "Reingewinns" gegenübergestellt. Die Klägerin wollte hier im persönlichen Arbeitseinsatz tätig werden. In einem solchen Falle ist es möglich, daß der Unternehmer, wenn er vom erzielba-

ren Reingewinn spricht, den Wert der eigenen Arbeitskraft als Passivposten der Gewinnerrechnung nicht ansetzt, auch die erst später akut werdende Erneuerungsbedürftigkeit übernommenen Inventars nicht berücksichtigt und deshalb einen Rechnungsposten "Abschreibung" nicht in Ansatz bring, andererseits aber bei Errechnung des Reingewinns nicht nur die das Unternehmen betreffenden Steuern sondern vielleicht auch persönliche Steuern absetzt.

3. Diese Schwierigkeiten, das Wesen des erzielbaren Reingewinns zu fassen, zwingen zu der Folgerung, die Zusicherung eines erzielbaren Reingewinns nur dann als vorliegend zu bejahen, wenn die Parteien bei Abschluß des Kaufvertrages derselben Auffassung darüber gewesen sind, was eigentlich als "erzielbarer Reingewinn", als "Reinertrag" als "Reinverdienst" - oder wie immer sie es genannt haben - zu verstehen ist. Dabei hat der Käufer, der der eine Zusicherung des Verkäufers behauptet und daraus Rechte herleiten will, darzutun, daß die bei ihm selber bestehende Vorstellung über den Begriff des erzielbaren Reingewinns auch beim Verkäufer vorhanden war.

Zwar steht der Annahme, die Beklagten hätten einen Reingewinn von bestimmter Höhe als erzielbar wirksam zugesichert, nicht schon der Umstand entgegen, daß der schriftliche Vertrag hierzu nichts sagt, daß er die Berücksichtigung mündlicher "Nebenabreden" sogar ausdrücklich ausschließt: Um eine eigentliche "Nebenabrede", die zusätzliche Pflichten der Beklagten hinsichtlich der Vertragsdurchführung und der Vertragserfüllung

auslösen würde, handelt es sich nämlich nicht, vielmehr sollte - nach Sachdarstellung der Klägerin - das Kaufobjekt durch Hervorhebung einer von beiden Parteien als bedeutsam erachteten Eigenschaft - eben des "erzielbaren Reingewinns" - näher gekennzeichnet werden. Ist aber die Angabe über den "erzielbaren Reingewinn" nicht in den schriftlichen Vertrag aufgenommen worden, obwohl unmittelbar vor der Unterzeichnung des Vertrages darüber gesprochen wurde, so kann auch dieser Umstand darauf hinweisen, daß es sich bei den Erörterungen der Parteien um unverbindliche Gespräche, um eine bloße Abschätzung der Zukunftschancen, nicht aber um eine vertraglich bindende Zusicherung im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB handeln sollte. Für solche Wertung könnte auch sprechen, daß bei den Erörterungen unstreitig die Umsätze der letzten Jahre genannt wurden und daß die von den Beklagten mitgeteilten Umsatzzahlen zutreffen. Hier hätte es in der Tat nahe gelegen, daß die Klägerin anhand der mitgeteilten Umsatzzahlen den Gewinn, den sie als erzielbar erwartete, selber errechnete, zumal ja das übernommene Einzelhandelsgeschäft schon um deswillen fortan anders als in der Vergangenheit geführt werden mußte, weil die Verbindung mit dem Großhandel entfiel und weil die Klägerin selber in dem übernommenen Geschäft tätig sein wollte. Wenn sie gleichwohl die Hilfe der Beklagten und des mitanwesenden Angestellten der Maklerfirma in Anspruch nahm, um auch die Frage des erzielbaren Reingewinns anzusprechen, so war sie gehalten, vorweg einmal klarzustellen, was eigentlich sie unter dem erzielbaren Reingewinn verstand, ob sie z. B. die von ihr voll geleistete Arbeit als abzugsfähigen Aufwand ansetzte oder schon dem Reingewinn hinzurechnete,

ob sie eine Hilfskraft einstellen und entlohnen oder aber das Geschäft in verkleinertem Umfang fortführen, d. h. vor allem: häufiger als bisher schließen wollte, ob sie die für das übernommene Inventar gemachten Aufwendungen als endgültig ansah oder aber bei Errechnung des Reingewinns, wie sie ihn verstand, auch Abschreibungen für übernommenes und später erneuerungsbedürftiges Inventar berücksichtigt wissen wollte. Insoweit mußte die Klägerin die Beklagten auf nähere Klärung angehen, wenn sie eine Antwort erwartete, aus der sie später Rechte gegen die Beklagten herleiten wollte. Soweit die Klägerin auf eine Klärung nicht gedrungen hat, muß sie die Erklärung der Beklagten über den erzielbaren Reingewinn so gegen sich gelten lassen, wie die Beklagten diese ihre Mitteilung verstanden haben und sie entsprechend den gegebenen Verhältnissen auch verstehen durften.

4. Das Berufungsgericht läßt insoweit eine Prüfung vermissen. Dies wird in einem erneuten Berufungsverfahren nachzuholen sein. Dabei wird das Berufungsgericht bei Wertung des Sachverständigengutachtens in stärkerem Maße, als bisher geschehen, in Rechnung zu stellen haben, daß die Übernahme des Geschäfts hier nicht eine Kapitalanlage üblicher Art darstellte, sondern daß die Klägerin in dem übernommenen Geschäft selber tätig werden wollte. Damit bedürfen aber auch die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche der Beklagten, die den Verlust überlassener, von der Klägerin nicht bezahlter Warenbestände betreffen, näherer Überprüfung, worauf dieser Verlust im einzelnen zurückzuführen ist. Eine solche

Prüfung hat bisher nicht stattgefunden, vielmehr wurden die mit der Widerklage erhobenen Ansprüche im wesentlichen nur als möglicher Gegenposten zu den Ansprüchen der Klage behandelt.

III. Nach allem war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen; es erschien angebracht, von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen. Im erneuten Berufungsverfahren ist auch über die Kosten der Revision zu befinden, denn insoweit hängt die Entscheidung vom Ausgang des Rechtsstreits ab.

Dr. Haidinger

Claßen

Dr. Hiddemann

Wolf

Merz