

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Verkündet am:
15. Oktober 1997
M a y e r
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

VIII ZR 89/96

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Oktober 1997 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Beyer, Wiechers und Dr. Leimert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 16. Januar 1996 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Außenhandelsbetrieb I. -I. nachfolgend: AHB) der damaligen DDR schloß im Jahre 1988 mit der französischen Firma A. einen Importvertrag über die Lieferung und Montage eines Gasturbinenheizkraftwerkes in B. -A. . Auf der Grundlage dieses Vertrages kam zwischen dem AHB und der Rechtsvorgängerin der Klägerin, dem VEB W. (nachfolgend ebenfalls Klägerin), als Importbetrieb und Generalauftragnehmer am 30. Dezember 1988 ein Einfuhrvertrag zustande, in welchem ein Importabgabepreis in Höhe von 480.399.000 Mark der DDR festgelegt wurde. Bestandteil dieses Preises war ein auf den sogenannten Richtungskoeffizienten entfallender Betrag, der von dem AHB an den Staatshaushalt der DDR als Ausgleich für die Devisenbeschaffung abzuführen war. Die Klägerin ihrerseits war dem Investitionsauftraggeber und Endabnehmer, dem VEB V. E. (später: VEAG = V. E. AG), zur Errichtung des Kraftwerks verpflichtet.

Im Zuge der am 1. Juli 1990 in Kraft getretenen Wirtschafts- und Währungsunion wurde die damals noch unter dem Namen Treuhandanstalt auftretende Beklagte alleinige Gesellschafterin der Klägerin, die als GmbH im Aufbau in das Handelsregister eingetragen wurde. Die Beklagte verkaufte durch notariellen Vertrag vom 27. Februar 1991 (nachfolgend: KV) ihre Geschäftsanteile auf der Grundlage der testierten DM-Eröffnungsbilanz zum 1. Juli 1990 für 2 Mio. DM an die in der Schweiz ansässige Ch. AG. Verkauf und



Abtretung erfolgten mit Wirkung zum 1. März 1991. Der Käuferin wurde ein Gewinnbezugsrecht rückwirkend auf den 1. Juli 1990 eingeräumt. Im Kaufvertrag haben die Parteien unter anderem vereinbart:

"5.2 Die Verkäuferin sichert ferner zu, daß

...

5.2.3 in der Eröffnungsbilanz 1990 alle Risiken, Steuern und andere Verbindlichkeiten gegenüber Dritten vollständig ausgewiesen sind.

5.3 Die Verkäuferin sichert weiter zu, daß vom Datum der Eröffnungsbilanz bis zum Übernahmestichtag

5.3.1 die Geschäfte der WBB nach ordnungsgemäßen kaufmännischen Grundsätzen geführt und keine außerordentlichen Geschäfte getätigt worden sind;

...

5.4 Die Verkäuferin sichert ferner zu, daß zum Übernahmestichtag

...

5.4.3 ihr keinerlei Verbindlichkeiten und/oder Risiken, die in der Eröffnungsbilanz 1990 hätten erfaßt werden müssen, bekannt sind, die den Weiterbetrieb der Geschäftstätigkeit der WBB wesentlich erschweren.

...

6. Haftung

Ist eine der in Ziff. 5 gegebenen Zusicherungen ganz oder teilweise unrichtig, so kann die Käuferin verlangen, daß die WBB so gestellt wird, wie sie stehen würde, wenn die Zusicherungen richtig gewesen wären.

Die Verkäuferin erhält Gelegenheit, binnen einer Frist von drei Monaten den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre. Bei erfolglosem Fristablauf

wird die Verkäuferin die Käuferin schadlos halten es sei denn, daß die Verbindlichkeit bzw. das Risiko aus Tatbeständen nach dem Übernahmestichtag herrühren.

Die Verkäuferin haftet jedoch nur bei erwiesener grober Fahrlässigkeit.

...

7.3 Hinsichtlich der in Ziffern 5-7 geregelten Ansprüche der Käuferin gegen die Verkäuferin besteht Einverständnis, daß diese längstens für einen Zeitraum von drei Jahren nach Abschluß des Vertrages geltend gemacht werden können."

Am 21. April 1994 hat die Ch. AG (nachfolgend: Zedentin) sämtliche Ansprüche gegen die Beklagte aus dem Anteilskaufvertrag an die Klägerin abgetreten.

In der DM-Eröffnungsbilanz der Klägerin zum 1. Juli 1990 waren der Einfuhrvertrag vom 30. Dezember 1988 und die sich daraus ergebenden Risiken weder als fällige Verbindlichkeiten noch als Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten berücksichtigt.

Die Klägerin hat vorgetragen, dieser Umstand und die Tatsache, daß sie vom AHB aus dem Einfuhrvertrag in Anspruch genommen werde, seien dem Leiter der Finanzabteilung der Beklagten K. , dessen Kenntnis sich die Beklagte zu rechnen lassen müsse, bekannt gewesen. Dennoch habe dieser entschieden, daß die mit den Richtungskoeffizienten belastete Forderung nicht in die DM-Eröffnungsbilanz einzustellen sei. Daher sei der Beklagten nicht nur die Abgabe einer falschen Zusicherung im Hinblick auf die Nummern 5.2.3 und 5.4.3 KV, sondern sogar arglistiges Verhalten vorzuwerfen.

Die Nichtberechnung und die Nichtabführung der Umsatzsteuer für Werkleistungen, die die Klägerin vor dem 30. Juni 1990 erbracht, aber noch nicht vollständig ausgeführt habe, entspreche nicht der von der Beklagten zugesicherten Führung der Geschäfte nach ordnungsgemäßen kaufmännischen Grundsätzen. Da die Beklagte die Zusicherung ohne Einsicht in die Bücher der Klägerin abgegeben habe, müsse sie sich auch insoweit Arglist entgegenhalten lassen.

Die Beklagte hat geltend gemacht, eine Bilanzierung der Risiken des Einfuhrvertrages sei nicht erforderlich gewesen, da es sich um ein schwebendes Geschäft gehandelt habe. Anweisungen zur Aufstellung der DM-Eröffnungsbilanz habe ihr Mitarbeiter K. nicht geben können und wollen. Er habe lediglich seine Auffassung zum Ausdruck gebracht, der AHB verlange den auf den Richtungskoeffizienten entfallenden Teil der Vergütung zu Unrecht. Hinsichtlich der Zusicherung ordnungsgemäßer Geschäftsführung könne ihr bereits deshalb nicht der Vorwurf der Arglist gemacht werden, weil sie keinerlei Anhaltspunkte für die Nichtberechnung der Umsatzsteuer gehabt habe. Darüber hinaus seien sämtliche Ansprüche der Klägerin verjährt.

Im Verfahren 10 U 249/94 des Kammergerichts wurde die Klägerin vom Gesamtvollstreckungsverwalter des AHB aus dem Einfuhrvertrag vom 30. Dezember 1988 auf Zahlung von 127.902.225 DM in Anspruch genommen, wovon ca. 60 Mio. DM auf den Richtungskoeffizienten entfielen. Das Kammergericht hat dem AHB lediglich 54.747.369,58 DM zuerkannt; den auf den Richtungskoeffizienten entfallenden Vergütungsanteil

hat es im Wege der Leistungsbestimmung nach § 32 Abs. 2 DMBilG für von der Klägerin nicht geschuldet erachtet.

Die Klägerin hat unter anderem die Feststellung begehrt, daß die Beklagte verpflichtet ist,

der Klägerin den sich aus dem Verfahren Landgericht Berlin - 101 O 66/92 - von Rechtsanwalt P. L. als Verwalter im Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen des AHB-I. (IAI) geltend gemachten Schaden zu ersetzen, den sie dadurch erlitten hat und künftig erleiden wird, daß Verbindlichkeiten und/oder Rückstellungen aus dem Einfuhrumsatzgeschäft gemäß dem Einfuhrvertrag zwischen IAI und der Klägerin vom 30. Dezember 1988 nicht in der DM-Eröffnungsbilanz der Klägerin zum 1. Juli 1990 ausgewiesen worden sind (Klageantrag Nr. 3 in der Fassung durch das Berufungsgericht),

sie von Umsatzsteuernachforderungen des zuständigen Finanzamts freizustellen, sofern Entgelte für Leistungen, die vor dem 1. Juli 1990 erbracht worden seien, der Umsatzsteuer zu unterwerfen seien, soweit sie mit der Geltendmachung der Umsatzsteuerforderungen gegen die jeweiligen Leistungsempfänger ihrerseits ausfalle, und ihr die Aufwendungen zu ersetzen, die zur nachträglichen Inrechnungstellung der Umsatzsteuer für diese Leistungen erforderlich seien (Klageantrag Nr. 5).

Das Landgericht hat dem Klageantrag Nr. 3 stattgegeben und den Antrag Nr. 5 abgewiesen. Die Berufung der Beklagten hinsichtlich des Antrags Nr. 3 blieb erfolglos. Auf die Berufung der Klägerin wurde das Urteil bezüglich des Klageantrags Nr. 5 abgeändert. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, wendet sich die Beklagte gegen ihre Verurteilung nach den Klageanträgen Nr. 3 und 5.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht hat ein Feststellungsinteresse der Klägerin nach § 256 Abs. 1 ZPO bejaht und im übrigen, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, ausgeführt:

Der Klägerin stehe ein Schadensersatzanspruch aus § 463 Satz 2 BGB wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft und arglistiger Täuschung zu. Die in Nr. 5.2.3 und 5.4.3 KV von der Beklagten abgegebenen Zusicherungen seien falsch gewesen. Nach dem Wortlaut und den Gesamtumständen des Vertrages habe die Beklagte dafür einzustehen, daß die DM-Eröffnungsbilanz alle wesentlichen Risiken erfasse. Mit dem noch nicht abgewickelten Einfuhrvertrag vom 30. Dezember 1988 sei ein für die Geschäftstätigkeit und den Fortbestand der Klägerin besonders bedeutsames Geschäft in der Bilanz gerade nicht ausgewiesen worden. Die genannten Zusicherungen könnten aus der maßgeblichen Sicht der Zedentin nicht so verstanden werden, daß lediglich bilanztechnische und bilanzrechtliche Risiken erfaßt sein sollten. Dagegen spreche die allgemeine Fassung der Vertragsbestimmungen, wonach Risiken, Steuern und Verbindlichkeiten gegenüber Dritten vollständig in der Bilanz ausgewiesen seien. Der Zedentin sei es vielmehr, auch für die Beklagte erkennbar, darauf angekommen, aus der Eröffnungsbilanz alle mit der Übernahme und Weiterführung der Klägerin verbundenen Risiken entnehmen zu können. Nur bei diesem Verständnis

würden die genannten Zusicherungen, hinsichtlich derer die Beklagte ihr Haftung entgegen dem Regelfall des § 463 Satz 1 BGB auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt habe, Bedeutung gewinnen.

Da die Risiken und Verbindlichkeiten aus dem Einfuhrvertrag der Beklagten bekannt gewesen seien, hafte sie nicht nur wegen der Abgabe einer falschen Zusicherung, sondern auch wegen arglistigen Verhaltens gegenüber der Zedentin. Dabei müsse sich die Beklagte das Wissen ihres Mitarbeiters K. , des Leiters der Finanzabteilung, zurechnen lassen. Die Frage der Einbeziehung der Risiken und Verbindlichkeiten aus dem Einfuhrvertrag in die Eröffnungsbilanz sei Gegenstand von Erörterungen zwischen der Klägerin und dem Direktorat Finanzen der Beklagten gewesen. Deshalb könne sich die Beklagte wegen der Nichtberücksichtigung der Verbindlichkeiten in der Eröffnungsbilanz auch nicht auf das zunächst uneingeschränkte Bilanztestat der Wirtschaftsprüfer berufen. Auf die Kenntnis derjenigen Bevollmächtigten der Beklagten, die sie bei Abschluß des Anteilskaufvertrags vertreten hätten, komme es nach § 166 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht an. Selbst wenn das Verhalten der Beklagten lediglich als leichtfertig, d.h. grob fahrlässig, beurteilt werden könnte, sei die mit dem Klageanspruch Nr. 3 geltend gemachte Forderung zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit nicht verjährt gewesen. Durch Nr.7.3 KV sei die Verjährungsfrist des § 477 Abs. 1 BGB auf drei Jahre ab Vertragsschluß verlängert worden.

Weiter sei die Beklagte nach § 463 Satz 2 BGB verpflichtet, die Klägerin von Umsatzsteuernachforderungen der

Finanzbehörden freizustellen, sofern Entgelte für Leistungen, die vor dem 1. Juli 1990 erbracht worden seien, nach dem DDR-Umsatzsteuergesetz umsatzsteuerpflichtig gewesen seien. Die Nichtberechnung der Umsatzsteuer sei mit einer Geschäftsführung nach ordnungsgemäßen kaufmännischen Grundsätzen, wie die Beklagte in Nr. 5.3.1 KV zugesichert habe, nicht vereinbar. Die Beklagte habe auch insoweit arglistig gehandelt, weil sie ohne eigene Prüfung der Bücher der Klägerin "ins Blaue hinein" diese Zusicherung abgegeben habe, obwohl tatsächliche Anhaltspunkte für eine nicht ordnungsgemäße kaufmännische Führung des Betriebes bestanden hätten. Zumindest hätte die Beklagte offen legen müssen, daß sie die Angaben ohne eigene Prüfung und Sachkenntnis gemacht habe. Der Klägerin drohe ein Schaden, da sie die Umsatzsteuer nachentrichten müsse, ohne diese ihren Kunden gegenüber nachträglich durchsetzen zu können.

B.

Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

I. Klageantrag Nr. 3

1. Zu Recht haben die Vorinstanzen das für die Zulässigkeit eines Feststellungsantrages erforderliche Feststellungsinteresse bejaht. Entgegen der Ansicht der Revision war die Beklagte bei Klageerhebung am 28. Februar 1994 nicht in der Lage, den Schadensersatzanspruch gegenüber der Beklagten abschließend zu beziffern. Zu diesem Zeitpunkt

war der insoweit vorgreifliche Rechtsstreit zwischen dem AHB und der Klägerin noch nicht rechtskräftig abgeschlossen. Zudem drohte angesichts der unklaren Formulierung der Nr. 7.3 KV die Verjährung ihrer Ansprüche. Das Urteil des Kammergerichts im Rechtsstreit zwischen der Klägerin und dem AHB wurde erst am 11. Januar 1996 nach Rücknahme der von der Klägerin eingelegten Revision rechtskräftig. Ob der Klägerin zu diesem Zeitpunkt, fünf Tage vor Schluß der mündlichen Verhandlung und Urteilsverkündung im vorliegenden Verfahren, der Übergang zu einer bezifferten Leistungsklage noch möglich gewesen wäre, kann dahinstehen. Jedenfalls war die Beklagte hierzu in der Berufungsinstanz nicht verpflichtet. Sie durfte schon in Anbetracht des ihr sonst drohenden Instanzverlustes den Rechtsstreit als Feststellungsprozeß weiterführen (BGH, Urteil vom 15. November 1977 - VI ZR 101/76 = NJW 1978, 210 unter I 2 a, insoweit in BGHZ 70, 39 nicht abgedruckt; Zöllner/Greger, ZPO, 20. Aufl., § 256 Rdnr. 7 c; Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 21. Aufl., § 256 Rdnr. 123 m.w.Nachw.).

2. Zu Recht wendet sich die Revision jedoch gegen die Annahme einer Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen arglistiger bzw. grob fahrlässiger Falschangaben hinsichtlich der Nummern 5.2.3 und 5.4.3 des Anteilskaufvertrags. Grundlage der Haftung ist die in Nr. 6 Abs. 1 KV von der Beklagten übernommene Einstandspflicht, die rechtlich als selbständige Garantiezusage zu werten ist. Nach Nr. 6 Abs. 1 KV kann die Käuferin bei völliger oder teilweiser Unrichtigkeit "der in Ziff. 5 gegebenen Zusicherungen" verlangen, daß die Klägerin so gestellt wird, wie sie stehen würde, wenn die Zusicherungen richtig gewesen wären. Der

Rückgriff auf die Vorschriften der §§ 459 ff BGB scheidet daher entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts aus, so daß es nicht darauf ankommt, ob hier eine Eigenschaft des verkauften Unternehmens im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB betroffen wäre. Die Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten nach Nr. 6 Abs. 1 KV sind jedoch nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gegeben.

a) Allerdings waren die Erklärungen der Beklagten unrichtig. Ob es sich bei dem zwischen der Klägerin und dem AHB geschlossenen Einfuhrvertrag - wie die Revision meint - am Stichtag der DM-Eröffnungsbilanz um ein schwebendes Geschäft gehandelt hat (vgl. dazu Baumbach/Hopt, HGB, 29. Aufl., § 252 Rdnr. 16), das wegen der Vermutung, Rechte und Pflichten aus einem solchen Vertrag würden sich ausgleichen (vgl. Baumbach/Hopt aaO; BFH NJW 1993, 222, 224; BFH BB 1991, 1623 f), nicht bilanzierungspflichtig war, kann dahinstehen. Auch die Frage, ob bereits zum Zeitpunkt der Erstellung der DM-Eröffnungsbilanz eine Rückstellung wegen drohender Verluste aus schwebenden Geschäften zu bilden war (§ 5 Abs. 1 Satz 1 DMBilG i.V.m. § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB), bedarf keiner Entscheidung. Jedenfalls waren, selbst wenn der Revision im Ausgangspunkt zu folgen sein sollte und Verbindlichkeiten und Risiken aus dem Einfuhrvertrag nicht zu bilanzieren waren, diese nach § 19 DMBilG im Anhang zur Bilanz darzustellen.

§ 1 Abs. 1 Satz 1 DMBilG bestimmt, daß ehemalige DDR-Unternehmen zum Stichtag 1. Juli 1990 eine Eröffnungsbilanz in DM aufzustellen hatten. Unternehmen, die ihre Eröffnungsbilanz offen legen mußten (§ 1 Abs. 1 Satz 2 i.V.m.

§ 37 DMBilG), hatten zudem einen Anhang nach § 19 DMBilG zu erstellen, der mit der Eröffnungsbilanz eine Einheit bildet. Diese Pflicht bestand auch für Kapitalgesellschaften im Aufbau wie die Klägerin (Budde/Forster/Gelhausen, DMBilanzgesetz, § 37 Rdnr. 10). Eröffnungsbilanz und Anhang haben unter Berücksichtigung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögenslage des Unternehmens zu vermitteln. Führen besondere Umstände dazu, daß die Eröffnungsbilanz - wie hier - ein derartiges Bild nicht abgibt, sind im Anhang zusätzliche Angaben zu machen (§ 4 Abs. 2 Satz 2 DMBilG; § 264 Abs. 2 Satz 2 HGB). Deshalb ist nach § 19 Abs. 3 Nr. 6 DMBilG der Gesamtbetrag der sonstigen finanziellen Verpflichtungen anzugeben, die nicht in der Bilanz erscheinen, sofern diese Angaben für die Beurteilung der Finanzlage des Unternehmens von Bedeutung sind. Dazu gehören auch Zahlungsverpflichtungen aus schwebenden Geschäften (Budde/Forster/Förschle aaO § 19 Rdnr. 56; Ellrott in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 3. Aufl., § 285 Rdnr. 23; Baumbach/Hopt aaO § 285 Rdnr. 3). Derartige Angaben enthält der Anhang zur DM-Eröffnungsbilanz der Klägerin jedoch nicht (siehe Anl. K 4, dort Anl. IV). Die Bedeutung des Geschäfts mit dem AHB für die Finanzlage des Unternehmens ergibt sich bereits aus seiner Größenordnung.

b) Vor diesem Hintergrund hat das Berufungsgericht Nr. 5.2.3 in Verbindung mit Nr. 6 Abs. 1 KV rechtsfehlerfrei dahingehend ausgelegt, daß sich der Einstandswille der Beklagten aus der insoweit maßgeblichen Sicht der Erklärungsempfängerin nicht auf bilanzierungspflichtige Verbindlichkeiten im eigentlichen Sinne beschränkt. Im Hinblick

auf § 19 Abs. 3 Nr. 6 DMBilG sollten die mit der Weiterführung und Übernahme des Unternehmens verbundenen Risiken von erheblicher Bedeutung miterfaßt sein. Die gegenteilige Auffassung der Revision folgt nicht zwingend aus dem Wortlaut und dem systematischen Zusammenhang der Vertragsbestimmungen 5.2.3 und 5.4.3. Gerade bei einer Zusammenschau der Regelungen liegt es nahe, daß sich zumindest die Bestimmung Nr. 5.2.3 KV nicht nur auf bilanzierungspflichtige Risiken beschränkt. Diese sind gesondert in Nr. 5.4.3 KV angesprochen, wo es heißt, daß der Verkäuferin keinerlei Verbindlichkeiten und/oder Risiken, die in der Eröffnungsbilanz hätten erfaßt werden müssen, bekannt sind. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist jedenfalls vertretbar und damit für das Revisionsgericht bindend.

c) Danach ist die von der Beklagten in Nr. 5.2.3 in Verbindung mit Nr. 6 Abs. 1 KV übernommene eigenständige Garantie, die Risiken und Verbindlichkeiten aus dem Einfuhrvertrag seien in der Eröffnungsbilanz vollständig ausgewiesen, nicht eingehalten, soweit es die Risiken und Verbindlichkeiten aus dem Einfuhrvertrag vom 30. Dezember 1988 betrifft. Dafür hat die Beklagte nach Nr. 6 Abs. 3 KV jedoch nur bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten einzustehen.

aa) Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagten, die sich die Kenntnis des für sie handelnden Mitarbeiters K. zurechnen lassen müsse, sei Arglist, jedenfalls aber grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen, ist nicht frei von Rechts- und Verfahrensfehlern. Da sich die Beklagte angesichts des Wirtschaftsprüfertestats grundsätzlich auf die

Richtigkeit der DM-Eröffnungsbilanz verlassen durfte, kommt eine Haftung nur dann in Betracht, wenn sie in dem Bewußtsein der Notwendigkeit der Ausweisung des Einfuhrvertrages in der Bilanz oder dem Anhang entweder Kenntnis davon hatte, daß der Einfuhrvertrag in der Eröffnungsbilanz einschließlich Anhang nicht aufgeführt war (Arglist) oder wenn ihr dies trotz auf der Hand liegender Anhaltspunkte verborgen geblieben ist (grobe Fahrlässigkeit). Das Unterlassen einer eigenen "Bilanzprüfung" hätte angesichts des zunächst uneingeschränkten Prüfvermerks allenfalls den Vorwurf einfacher Fahrlässigkeit begründet.

bb) Zu Recht weist die Revision darauf hin, aus dem Umstand, daß der Leiter der Finanzabteilung der Beklagten K. von dem Einfuhrvertrag gewußt habe, könne nicht geschlossen werden, daß dieser auch Kenntnis von der Nichteinstellung des schwebenden Geschäfts in die Eröffnungsbilanz bzw. den Anhang gehabt habe. Es ergibt sich auch nichts daraus, daß zwischen Mitarbeitern der Klägerin und K. im September 1990 die Frage erörtert wurde, ob die Klägerin den auf den Richtungskoeffizienten entfallenden Vergütungsanteil an den AHB zu bezahlen hatte. Sollten die Ausführungen des Berufungsgerichts, zwischen den Parteien sei auch die Frage der Einstellung der Risiken und Verbindlichkeiten aus dem Einfuhrvertrag in die DM-Eröffnungsbilanz erörtert worden, dahin zu verstehen sein, daß K. - entsprechend dem Vortrag der Klägerin - die Nichtbilanzierung des Einfuhrvertrags angeordnet habe bzw. mit einer entsprechenden Verfahrensweise auf seiten der Klägerin hätte rechnen müssen, wäre darin ein Übergehen des Bestreitens der Beklagten zu sehen. Die Beklagte hat vorge-

tragen und unter Beweis gestellt, K. habe weder hinsichtlich des Richtungskoeffizientenanteils noch hinsichtlich der übrigen Verbindlichkeiten aus dem Einfuhrvertrag entscheiden können und wollen, ob diese in die DM-Eröffnungsbilanz aufzunehmen seien. Die Aufstellung der Bilanz habe der Geschäftsführung der Klägerin obliegen, nicht der Beklagten als damaliger Anteilseignerin. K. habe lediglich seine - letztlich vom Kammergericht in dem Verfahren zwischen der Klägerin und dem AHB bestätigte - Ansicht zum Ausdruck gebracht, die Forderung aus dem Richtungskoeffizienten sei seitens des AHB zu Unrecht geltend gemacht worden.

3. Daher war die Verurteilung der Beklagten hinsichtlich des Klageantrags Nr. 3 aufzuheben. Eine eigene Sachentscheidung war dem Senat nicht möglich, da es insoweit noch weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf.

a) Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung zu der Feststellung gelangen, K. habe Kenntnis von der Nichterwähnung des Einfuhrvertrags in der Bilanz bzw. im Anhang hierzu gehabt, schließt sich die Frage an, ob sich die Beklagte, die beim Abschluß des Anteilskaufvertrags von einem anderen Mitarbeiter, Herrn Z., vertreten wurde, das Wissen K. zurechnen lassen muß. Daß Z. selbst ebenfalls über diese Erkenntnisse verfügte, ist bislang nicht festgestellt.

Überdies fehlen bisher auch Feststellungen dazu, ob K. sich der Notwendigkeit bewußt war, den Einfuhrvertrag im Anhang zur Bilanz darzustellen (vgl. oben 2 c aa).

Dabei kommt es entgegen der Ansicht der Revision nicht in erster Linie darauf an, ob K. für Fragen, die die Eröffnungsbilanz der Klägerin betreffen, als Wissensvertreter (zur Begriffsbestimmung vgl. BGHZ 117, 104, 106 f) der Beklagten anzusehen ist; in Anbetracht seiner hervorgehobenen Dienststellung als Abteilungsleiter dürfte er allerdings dazu berufen gewesen sein, in der Arbeitsorganisation der Beklagten bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten (vgl. BGH aaO). Maßgeblich wird vielmehr sein, ob die Beklagte eine Pflicht traf, in der Finanzabteilung erlangtes und festzuhaltendes Wissen durch organisatorische Vorkehrungen - etwa durch eine Dokumentation - derjenigen Abteilung zugänglich zu machen, die mit dem Verkauf der Treuhandbeteiligungen befaßt war (vgl. BGHZ 117, 104, 107 f; BGH, Urteile vom 17. Mai 1995 - VIII ZR 70/94 = WM 1995, 1145 unter II 2 b cc; vom 31. Januar 1996 - VIII ZR 297/94 = WM 1996, 824 unter II 2 c aa und vom 2. Februar 1996 - V ZR 239/94 = NJW 1996, 1339 unter C 2 jew. m.w.Nachw.; Hagen, DRiZ 1997, 157, 158 ff; Bohrer, DNotZ 1991, 124, 129 f). Das hängt davon ab, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein erlangtes Wissen später rechtserheblich werden kann (BGH, Urteil vom 2. Februar 1996 aaO unter C 2 b aa).

b) Da sich der Anspruch der Klägerin aus einer vertraglichen Garantie herleitet (vgl. oben 2 c), greift die kurze kaufrechtliche Verjährungsfrist des § 477 Abs. 1 BGB nicht ein (vgl. Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 459 Rdnr. 281). Sollte die Bestimmung des Nr. 7.3 KV, wie die Klägerin und das Berufungsgericht meinen, als Verjährungs-

regelung zu verstehen und eine dreijährige Verjährungsfrist vereinbart worden sein, hat die Klägerin ihre Ansprüche rechtzeitig geltend gemacht. Ist dagegen, wovon die Revision ausgeht, in dieser Vertragsbestimmung eine die gesetzlichen Verjährungsfristen nicht berührende Haftungsbegrenzung auf Schäden aus einem Zeitraum von drei Jahren zu sehen, wäre der Anspruch der Klägerin innerhalb des genannten Dreijahreszeitraumes entstanden und geltend gemacht worden.

II. Klageantrag Nr. 5

Die Revision hat auch Erfolg, soweit sie sich gegen die Feststellung richtet, daß die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin von Umsatzsteuernachforderungen freizustellen, die von der Klägerin erbrachte, zum 1. Juli 1990 aber noch nicht vollständig ausgeführte Bauleistungen betreffen.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Klägerin nach dem Umsatzsteuergesetz der DDR vom 22. Juni 1990 (DDR-GesetzBl. 1990 I, Sonderdruck Nr. 1432), in Kraft getreten am 1. Juli 1990, zur Zahlung von Umsatzsteuer auch für solche Bauleistungen verpflichtet ist, die aufgrund von vor dem 1. Juli 1990 geschlossenen Verträgen erst nach dem 30. Juni 1990 ausgeführt wurden. Eine Werkleistung ist dann ausgeführt, wenn dem Auftraggeber die Verfügungsmacht über das Werk verschafft worden ist, d.h. grundsätzlich mit der Übergabe und Abnahme (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 a Umsatzsteuergesetz-DDR; vgl. eingehend zur Rechtslage: BGH, Urteil vom 24. März 1993 - VII ZR 159/92 = DtZ 1994, 282 unter II). Umsatzsteuerpflichtig sind deshalb

auch vor dem 1. Juli 1990 erbrachte und ohne Ausweisung von Umsatzsteuer berechnete Teilleistungen, sofern eine Abnahme (Teilabnahme) - wie hier - nicht ebenfalls vor diesem Datum erfolgt ist.

2. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß Umsatzsteuer für solche Geschäfte nicht berechnet und abgeführt worden ist, hat die Revision nicht angegriffen. Die unterlassene Abführung der Umsatzsteuer ist mit "ordnungsgemäßen kaufmännischen Grundsätzen", für deren Einhaltung die Beklagte einzustehen hat, nicht vereinbar. Die von der Beklagten in Nr. 5.3.1 in Verbindung mit Nr. 6 Abs. 1 KV gegebene Garantie ist daher falsch. Daraus entsteht der Klägerin ein Schaden, weil sie die Umsatzsteuer nachentrichten muß, ohne sie ihren Kunden in Rechnung stellen zu können (vgl. zu letzterem BGH, Urteil vom 24. März 1993 aaO unter II 2 c).

3. Zu Recht rügt die Revision aber auch insoweit, daß die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen den Vorwurf arglistigen Verhaltens nicht tragen. Das Berufungsgericht hält der Beklagten vor, sie habe Angaben ohne tatsächliche Anhaltspunkte "ins Blaue hinein" gemacht, indem sie ohne eigene Prüfung der Buchungsunterlagen und Geschäftsvorgänge der Klägerin die Zusicherung nach Nr. 5.3.1 abgegeben habe, obwohl tatsächliche Anhaltspunkte für eine nicht ordnungsgemäße kaufmännische Führung des Betriebes bestanden hätten.

a) Wie der Senat im Zusammenhang mit der kaufrechtlichen Gewährleistung bereits mehrfach betont hat, setzt Arglist voraus, daß der Verkäufer wenigstens mit der Möglich-

keit der Unrichtigkeit seiner Angaben rechnet und dennoch eine uneingeschränkte Zusage erteilt (vgl. Senatsurteile vom 16. März 1977 - VIII ZR 283/75 = WM 1977, 584 unter II 2 c, vom 21. Januar 1981 - VIII ZR 10/80 = WM 1981, 323 unter II 3 a). Für die Garantiehafung gilt nichts anderes. Erforderlich ist deshalb zumindest, daß greifbare Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Zusage vorliegen und diese dem Garanten bekannt sind oder er sich den ihm ohne weiteres möglichen und zumutbaren Erkenntnissen verschließt (vgl. Soergel/Huber aaO § 476 Rdnr. 25).

b) Zum Verschulden hat das Berufungsgericht keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Insbesondere ist bisher nicht ersichtlich, daß die Beklagte bzw. ihre Mitarbeiter mit der Umsatzsteuerpflicht der besagten Geschäfte und der Nichtabführung der Umsatzsteuer durch die Klägerin rechneten bzw. infolge grober Fahrlässigkeit hiermit nicht rechneten.

4. Danach ist das Berufungsurteil auch hinsichtlich des Klageantrags Nr. 5 (= Nr. 2 des Urteilstenors) aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Eine eigene Sachentscheidung ist dem Senat auch insoweit nicht möglich.

a) Da sich auch dieser Anspruch der Klägerin aus einer vertraglichen Garantie herleitet, greift - wie bereits dargelegt (vgl. oben I 3 b) - die kurze Verjährungsfrist des § 477 Abs. 1 BGB nicht ein.

b) Falls das Berufungsgericht in diesem Punkt erneut zu einer Verurteilung der Beklagten kommt, sollte bei der

Fassung des Tenors klarstellend berücksichtigt werden, daß die Beklagte lediglich für unterlassene Umsatzsteuerabführungen aus Rechnungen einzustehen hat, die vor dem 1. März 1991 erteilt wurden. Nach Nr. 6 Abs. 2 KV haftet die Beklagte nur, wenn die Verbindlichkeiten aus Risiko aus Tatbeständen vor dem Übernahmestichtag herrühren.

Dr. Deppert

Dr. Zülch

Dr. Beyer

Wiechers

Dr. Leimert