

Examensklausurenkurs Zivilrecht: Corporate Raiding - Lösung

B. Lösungsskizze

Frage 1: Kann sich die C-KG von dem am 16.9.2015 mit A geschlossenen Kaufvertrag lösen, weil die Alpenbrause GmbH nicht Inhaberin der Marke „Alpenbrause“ ist und weil A im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht offengelegt hat, dass die Fit & Sexy Ltd. den seit 2002 bestehenden Bezugsvertrag nicht weiter verlängern wird?

I. Rücktrittsrecht der C-KG

Die C-KG könnte von dem Kaufvertrag zurücktreten, wenn ihr ein vertragliches oder gesetzliches Rücktrittsrecht zusteht.

1. Rücktrittsrecht gem. §§ 453 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB

Ein Rücktrittsrecht der C-KG kann sich vorliegend aus §§ 453 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB ergeben.

a) Kaufvertrag

Zwischen der C-KG und A ist ein wirksamer Kaufvertrag i.S.v. § 433 BGB zustande gekommen, durch den sich A zur Abtretung der Geschäftsanteile an der Alpenbrause GmbH an die C-KG verpflichtet hat. Die hierfür gem. § 15 Abs. 4 GmbHG erforderliche notarielle Form wurde gewahrt.

b) Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstands

Es müsste ferner ein Mangel des Kaufgegenstands vorliegen. Vorliegend handelt es sich um einen Unternehmenskauf, der als Anteilskauf (sog. *share deal*) und damit als Rechtskauf ausgestaltet ist.¹ Rechte können aber keinen Sachmangel (§ 434 BGB) aufweisen. Auch ein Rechtsmangel (§ 435 BGB) kommt nicht in Betracht, da Rechte Dritter in Bezug auf die Geschäftsanteile nicht ersichtlich sind.

Bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung war anerkannt, dass jedenfalls bei Erwerb aller oder fast aller Anteile an einer Gesellschaft die kaufrechtlichen Vorschriften über die Gewährleistung bei Sachmängeln (§§ 459 ff. BGB a.F.) entsprechend anzuwenden sind.² Durch § 453 Abs. 1 BGB wird nunmehr die Anwendung

* Wissenschaftlicher Assistent und Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Unternehmensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ Zur Unterscheidung zwischen der Ausgestaltung von Unternehmenskäufen als Anteilskaufs (*share deal*) und als Erwerb sämtlicher Vermögensgegenstände des Unternehmens (*asset deal*) siehe *Beisel*, in: *Beisel/Klump*, *Der Unternehmenskauf*, 7. Aufl. 2016, § 4 Rn. 6, 10 ff.

² BGH, Urteil v. 12.11.1975 – VIII ZR 142/74, NJW 1976, 236; BGH, Urteil v. 4.4.2001 – VIII ZR 32/00, NJW 2001, 2163 (2164); *Eidenmüller*, NJW 2002, 1625 (1627).

der für den Sachkauf geltenden gewährleistungsrechtlichen Regeln auf den Rechtskauf explizit angeordnet. Dies gilt jedenfalls für den Erwerb eines gesamten Unternehmens als funktionale Einheit. Da A sämtliche Anteile an der Alpenbrause GmbH an die C-KG veräußert, braucht auf die Frage, inwieweit die Gleichstellung von Sach- und Rechtskauf auch für den Erwerb geringerer Beteiligungsquoten gilt, nicht eingegangen werden.³

Vorliegend kann sich eine Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes zu einem daraus ergeben, dass der seit dem Jahr 2002 bestehende Bezugsvertrag über monatlich 20.000 Liter „Alpenbrause“ mit der Fit & Sexy Ltd. zum 31.12.2015 ausläuft und von dieser nicht mehr verlängert werden wird. Zum anderen kann die Mangelhaftigkeit daraus resultieren, dass nicht die Alpenbrause GmbH, sondern A in Person Inhaber der geschützten Marke „Alpenbrause“ ist.

aa) Auslaufen bzw. Nicht-Verlängerung des Bezugsvertrags zum 31.12.2015

Fraglich ist, ob der Fortbestand bzw. die Verlängerung des Bezugsvertrags über den 31.12.2015 hinaus zur vereinbarten Beschaffenheit des Unternehmens i.S.v. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB zählt. Es ist bereits zweifelhaft, ob in dem Bestand bzw. der Verlängerung des Bezugsvertrags eine „Beschaffenheit“ des Unternehmens zu sehen ist. Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung auf eine Definition des Begriffs der „Beschaffenheit“ verzichtet. Es ist deshalb unklar, ob der Beschaffenheitsbegriff nur Eigenschaften umfasst, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften, oder ob auch Umstände zu berücksichtigen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen und lediglich ihre Beziehungen zur Umwelt betreffen.⁴ Nach der Rechtsprechung des BGH sollen Beziehungen der Kaufsache zur Umwelt jedenfalls dann zu ihrer Beschaffenheit i. S. des § 434 Abs. 1 BGB gehören, wenn sie in irgendeiner Weise mit ihren physischen Eigenschaften zusammenhängen.⁵ Dies ist bei dem Bezugsvertrag nicht der Fall.

Der Umstand, dass der Bezugsvertrag zum 31.12.2015 ausläuft und durch die Fit & Sexy Ltd. nicht verlängert werden wird, begründet daher keinen Sachmangel und damit auch kein Rücktrittsrecht gem. §§ 453 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB.

bb) Inhaberschaft der Marke „Alpenbrause“

Da A in Person Inhaber der Marke „Alpenbrause“ ist, kann er grundsätzlich die aus der Inhaberschaft resultierende Rechte gegenüber der C-KG geltend machen. Vorliegend können diese Rechte allerdings nicht mehr durch A, sondern nur noch durch I als Insolvenzverwalter über das Vermögen des A geltend gemacht werden (§ 80 Abs. 1 InsO). Dieser Umstand begründet einen Rechtsmangel i.S.d. § 435 BGB in Bezug auf das gesamte Unternehmen.

³ S. dazu *Seibt/Reiche*, DStR 2002, 1135 (1136 ff.) m.w.N.; *Westermann*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 453 Rn. 21 f.

⁴ Zur Auslegung des Beschaffenheitsbegriffs siehe *Redeker*, NJW 2012, 2471; *Fischer*, DStR 2004, 276; *Häublein*, NJW 2003, 388.

⁵ BGH, Urteil v. 30.11.2012 – V ZR 25/12, NJW 2013, 1671 (1672).

c) Erfordernis der Fristsetzung

Der Rücktritt setzt gem. § 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich eine Fristsetzung voraus. Diese ist jedoch gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich, wenn der Schuldner (Verkäufer) die Leistung (Nacherfüllung) ernsthaft und endgültig verweigert. Entscheidend für das Erfordernis der Fristsetzung ist also, ob der Schuldner im Rahmen der Nacherfüllung zur Übertragung der Marke „Alpenbrause“ an die C-KG bereit wäre. Da jedoch gem. § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des A auf I als Insolvenzverwalter über dessen Vermögen übergegangen ist, ist hinsichtlich der Person des Schuldners für die Verweigerung der Nacherfüllung nicht auf A, sondern auf I abzustellen.

Fraglich ist, ob die Forderung von Lizenzgebühren durch I aus der Sicht eines objektiven Empfängers in der Situation der C-KG bereits als ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung angesehen werden kann (§§ 133, 157 BGB). An die Verweigerung der Nacherfüllung sind strenge Anforderungen zu stellen. Sie kann nur dann angenommen werden, wenn jenseits vernünftiger Zweifel feststeht, dass der Schuldner unter keinen Umständen mehr zur freiwilligen Erfüllung bereit ist, und es deshalb als leere Formalität erschiene, vom Gläubiger gleichwohl zu verlangen, dem Schuldner noch eine Nachfrist zu setzen.⁶ Zwar hat I mit seiner Forderung zum Ausdruck gebracht, zu einer Gewährung der Nutzungsrechte an der Marke nur gegen Zahlung eines Entgelts bereit zu sein. Er hat aber nicht zum Ausdruck gebracht, dass dies sein letztes Wort sei und eine Übertragung der Marke an die C-KG auf der Grundlage des bestehenden Kaufvertrags für ihn per se nicht in Betracht komme. Eine Fristsetzung ist daher nicht gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich und müsste noch erfolgen.

Die Fristsetzung könnte jedoch gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB deshalb entbehrlich sein, weil die Leistung nicht vertragsgemäß erbracht wurde und besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Käufer im Regelfall berechtigt, sofort – ohne vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung – vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Verkäufer ihm einen Mangel bei Abschluss des Kaufvertrags arglistig verschwiegen hat. Dies gilt nicht nur für den Rücktritt, sondern auch für die Geltendmachung eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung oder die Minderung des Kaufpreises. Der BGH begründet diese Rechtsprechung damit, dass in einem solchen Fall in der Regel die für die Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage beschädigt sein wird.⁷ Problematisch ist, dass vorliegend keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dem A bewusst war, dass nicht die Alpenbrause GmbH, sondern er selbst bei Vertragsschluss Inhaber der Marke „Alpenbrause“ war, ihm dieser Mangel also bekannt war. Die von A mit der Durchführung des Verkaufsprozesses betraute S-Bank hat diesen Umstand bei der

⁶ Vgl. BGH, Urteil v. 14.6.2012 – VII ZR 148/10, NJW 2012, 3714 (3715); BGH, Urteil v. 20.5.2009 – VIII ZR 247/06, NJW 2009, 2532 (2533); *Ernst*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 323 Rn. 101.

⁷ S. für Rücktritt und Schadensersatz BGH, Beschluss v. 8.12.2006 – V ZR 249/05, NJW 2007, 835 (837) sowie für die Minderung BGH, Urteil v. 9. 1. 2008 – VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371 (1373).

Durchführung der Due Diligence (fahrlässig) übersehen. Der Vorwurf der Arglist lässt sich gegenüber A nur insoweit erheben, als er der C-KG die telefonische Ankündigung der Fit & Sexy Ltd verschwiegen hat, den Bezugsvertrag nicht mehr verlängern zu wollen. Dieser Umstand begründet jedoch keinen Mangel des verkauften Unternehmens. Allerdings trifft die Argumentation des BGH, dass das arglistige Verschweigen die Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien beschädigt, unabhängig davon zu, ob sich das Verschweigen auf einen Mangel oder auf sonstige für den Käufer wesentliche Umstände – hier: den Fortbestand des Bezugsvertrags – bezieht. Es spricht daher viel dafür, auch in einem solchen Fall von der Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB auszugehen.

Hinweis: Ein abweichendes Ergebnis ist mit entsprechender Begründung ebenfalls vertretbar. Entscheidend ist, dass das Problem erkannt wird.

d) Ausschluss des Rücktrittsrechts gem. § 377 Abs. 2 HGB

Das Rücktrittsrecht der C-KG könnte gem. § 377 Abs. 2 HGB ausgeschlossen sein, da sie offenbar nach Erwerb der Geschäftsanteile der Alpenbrause KG keine Untersuchungen vorgenommen hat, in deren Rahmen ihr hätte auffallen können, dass die Rechte an der Marke „Alpenbrause“ dem A in Person zustehen. Dies hat sie vielmehr erst aufgrund des Schreibens des I bemerkt. Es ist umstritten, ob die Regelungen des HGB über den Handelskauf auch für den Unternehmenskauf gelten.⁸ Jedenfalls aber gilt § 377 HGB nach richtiger Auffassung nur für Sachmängel.⁹ Das Rücktrittsrecht ist daher nicht gem. § 377 Abs. 2 HGB ausgeschlossen.

2. Rücktrittsrecht gem. § 324 BGB

Ein Rücktrittsrecht der C-KG könnte sich ferner aus § 324 BGB ergeben. Dazu müsste A eine Nebenpflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB verletzt haben und der C-KG dürfte aufgrund dieser Pflichtverletzung ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar sein.

a) Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB

In Betracht kommt vorliegend die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten. Bei einem Unternehmenskauf ist die Rechtsprechung gegenüber der Annahme von Aufklärungspflichten im Allgemeinen eher zurückhaltend, weil von einem in geschäftlichen Dingen erfahrenen Käufer – hier: der C-KG als erfahrenem Finanzinvestor – erwartet wird, seine Interessen bei der Informationsbeschaffung über das Zielunternehmen selbst wahrzunehmen.¹⁰ Eine Rechtspflicht des Verkäufers zur Aufklärung bei Vertragsverhandlungen besteht nach den Umständen des Einzelfalls auch beim Unternehmenskauf jedoch dann, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise die Mittei-

⁸ Dafür *Grunewald*, in: MüKo HGB, 3. Aufl. 2013, Vorbem. zu §§ 373 ff., Rn. 4 (sowohl für den *asset deal* als auch für den *share deal*); a.A. *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 377 Rn. 2.

⁹ Eingehend *Grunewald*, in: MüKo HGB, 3. Aufl. 2013, § 377 Rn. 53 m.w.N.; a.A. *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 377 Rn. 12.

¹⁰ Vgl. BGH, Urteil v. 12.11.1969 – I ZR 93/67, NJW 1970, 653 (655); BGH, Urteil v. 13.7.1988 – VIII ZR 224/87, NJW 1989, 763 (764).

lung von Tatsachen erwarten durfte, die für seine Willensbildung offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind. Insbesondere ist über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck vereiteln könnten und daher für den anderen Teil von wesentlicher Bedeutung sind.¹¹ Sowohl der Umstand, dass die Alpenbrause GmbH nicht Inhaberin der von ihr genutzten und am Markt etablierten Marke „Alpenbrause“ ist, als auch der Umstand, dass der Bezugsvertrag mit der Fit & Sexy Ltd. zum Jahresende auslaufen und nicht verlängert werden wird, waren objektiv für die Kaufentscheidung der C-KG von erheblicher Bedeutung, sodass eine entsprechende vorvertragliche Aufklärungspflicht des A bestand, die dieser auch verletzt hat.

b) Anwendbarkeit von § 324 BGB

Ob § 324 BGB auf diese vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung anwendbar ist, ist jedoch in doppelter Hinsicht fraglich: Zum einen ist zweifelhaft, ob die Norm vorvertragliche Nebenpflichtverletzungen überhaupt erfasst. Zum anderen könnte der grundsätzliche Vorrang des in §§ 434 ff. BGB geregelten kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts einem Rücktrittsrecht des Käufers aufgrund einer vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung des Verkäufers entgegenstehen.

aa) Anwendbarkeit von § 324 BGB auf vorvertragliche Nebenpflichtverletzungen

Ob § 324 BGB die Verletzung vorvertraglicher Nebenpflichten erfasst, ist umstritten.¹² Dafür wird angeführt, es solle nicht vom Zeitpunkt der Nebenpflichtverletzung und damit letztlich vom Zufall abhängen, ob ein Rücktrittsrecht besteht oder nicht.¹³ Gegen eine Rücktrittsmöglichkeit gem. § 324 BGB bei vorvertraglichen Nebenpflichtverletzungen spricht jedoch vor allem der Wortlaut der Vorschrift, die das Bestehen eines gegenseitigen Vertrags voraussetzt („bei“ einem gegenseitigen Vertrag).¹⁴ Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber § 324 parallel zu § 282 BGB ausgestalten wollte,¹⁵ der auf vorvertragliche Pflichtverletzungen nicht anwendbar ist.¹⁶ Die besseren Argumente sprechen daher gegen die Anwendung von § 324 BGB auf vorvertragliche Nebenpflichtverletzungen.

¹¹ BGH, Urteil v. 4.4.2001 – VIII ZR 32/00, NJW 2001, 2163 (2164); BGH, Urteil v. 6.12.1995 – VIII ZR 192/94, NJW-RR 1996, 429; s. auch BGH, Urteil v. 16.12.2009 – VIII ZR 38/09, NJW 2010, 858; BGH, Urteil v. 11.8.2010 – XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362.

¹² Dafür *Ernst*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 324 Rn. 6; *H. Schmidt*, in: *Bamberger/Roth*, BGB 37. Ed., § 324 BGB Rn. 5; a.A. *Schwarze*, in: *Staudinger*, Neubearbeitung 2015, § 324 Rn. 15 ff.; *Stadler*, in: *Jauernig*, BGB, 16. Aufl. 2015, § 324 Rn. 4. Unklar insoweit OLG Hamm, Urteil v. 13.5.2003 – 28 U 150/02, wonach sich einerseits ein Anspruch des Klägers nur aus Verschulden der Beklagten beim Vertragsschluss gem. §§ 280 I, 311 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m., § 241 Abs. 2 BGB ergeben, andererseits „auf Grund der schuldhaften Pflichtverletzung der Beklagten“ der Kläger vom Kaufvertrag zurücktreten und dessen Rückabwicklung verlangen können soll.

¹³ *H. Schmidt*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 37. Ed., § 324 BGB Rn. 5; *Looschelders*, SchuldR AT, 8. Aufl. 2010; Rn. 196a.

¹⁴ Wie hier *Stadler*, in: *Jauernig*, BGB, 16. Aufl. 2015, § 324 Rn. 4.

¹⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 141 und 187.

¹⁶ BT-Drucks. 14/7052, S. 186 („nicht zu vertretendes Ergebnis“) u. 192 f.; a.A. *Ernst*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 282 Rn. 4.

Hinweis: Ein abweichendes Ergebnis ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

bb) Vorrang der kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln

Die fehlende Inhaberschaft der Marke „Alpenbrause“ stellt bereits einen Mangel des verkauften Unternehmens dar. Insoweit kommt wegen des grundsätzlichen Vorrangs des in §§ 434 ff. BGB geregelten kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts ein Rücktrittsrecht, das sich auf eine vorvertragliche (fahrlässige) Aufklärungspflichtverletzung stützt, nicht in Betracht.

Demgegenüber begründet das Auslaufen des Bezugsvertrags mit der Fit & Sexy Ltd. und deren telefonische Ankündigung, den Vertrag nicht mehr verlängern zu wollen, keinen Mangel des verkauften Unternehmens. Zudem hat A seine Aufklärungspflicht bezüglich des Telefonats mit der Fit & Sexy Ltd. arglistig (vorsätzlich) verletzt. Nach der Rechtsprechung des BGH steht der grundsätzliche Vorrang der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte solchen Rechten des Käufers nicht entgegen, die aufgrund einer vorsätzlichen Aufklärungspflichtverletzung des Verkäufers bestehen.¹⁷

c) Hilfsweise: Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag

Sofern man davon ausgeht, dass § 324 BGB auch die Verletzung vorvertraglicher Nebenpflichten erfasst, ist zu prüfen, ob der C-KG ein Festhalten am Vertrag zuzumuten ist. An die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag sind strenge Anforderungen zu stellen.¹⁸ Da die durch eine vorvertragliche Pflichtverletzung entstandenen Schäden ohnehin über Schadensersatzansprüche wegen c.i.c. ausgeglichen werden können, müssen zusätzliche, besonders schwerwiegende Gesichtspunkte hinzutreten, um die Unzumutbarkeit im Rahmen von § 324 BGB zu begründen.¹⁹ Insbesondere sind auch die Wertungen des § 323 Abs. 5 BGB zu berücksichtigen, wonach ein Rücktritt vom ganzen Vertrag nur zulässig ist, sofern der Gläubiger kein Interesse an der bereits geleisteten, mangelfreien Teilleistung hat. Überdies ist im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung darauf abzustellen, inwiefern die zukünftige Vertragsdurchführung durch die Pflichtverletzung beeinträchtigt wird.²⁰

Zwar sind die Rechte an der Marke „Alpenbrause“ und die Vertragsbeziehung zu der Fit & Sexy Ltd. für den Entschluss der C-KG, die Geschäftsanteile an der Alpenbrause GmbH zu erwerben, von entscheidender Bedeutung. Umstände, die eine über die bloße Pflichtverletzung des A hinausgehende Unzumutbarkeit eines Festhaltens am Vertrag für die C-KG begründen, sind jedoch hier nicht ersichtlich. Die

¹⁷ BGH, Urteil v. 27.3.2009 – V ZR 30/08, NJW 2009, 2120 (2122); BGH, Urteil v. 16.12.2009 – VIII ZR 38/09, NJW 2010, 858 (859); BGH, Urteil v. 12.1.2011 – VIII ZR 346/09, NJW-RR 2011, 462 (463 f.).

¹⁸ *Ernst*, in: MüKo BGB, 7. Aufl, 2016, § 324 Rn. 7; *Otto*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2004, § 324 Rn. 16, 53.

¹⁹ *Ernst*, in: MüKo BGB, 7. Aufl, 2016, § 324 Rn. 7.

²⁰ *Schwarze*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2015, § 324 Rn. 38.

Verletzung der Aufklärungspflicht als solche wird bereits durch einen auf Vertragsaufhebung gerichteten Schadensersatzanspruch (s.u. unter III.) sanktioniert.

Hinweis: Ein abweichendes Ergebnis ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

3. Rücktrittsrecht gem. § 313 Abs. 3 BGB

Ein Rücktrittsrecht könnte sich ferner aus § 313 Abs. 3 BGB ergeben. Dann müssten sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss so schwerwiegend geändert haben, dass die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten (§ 313 Abs. 1 BGB). Zu erwägen ist vorliegend, ob der Fortbestand des Bezugsvertrags mit der Fit & Sexy Ltd. zur Geschäftsgrundlage des Kaufvertrags zwischen A und der C-KG geworden ist.

Geschäftsgrundlage sind nach der vom Gesetzgeber zitierten²¹, letztlich auf *Oertmann*²² zurückgehenden Definition der Rechtsprechung die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut.²³ Zwar wird die C-KG davon ausgegangen sein, dass sich die wesentlichen Kundenbeziehungen und damit die Ertragskraft der Alpenbrause GmbH zumindest kurzfristig nicht ändern werden, was für A auch erkennbar war. Es ist auch davon auszugehen, dass die C-KG den Vertrag zumindest nicht mit diesem Inhalt geschlossen hätte, wenn ihr der Wegfall der Kundenbeziehung zu der Fit & Sexy Ltd. bewusst gewesen wäre.

Die Rechtsfolgen einer Geschäftsgrundlagenstörung sind nach dem Wortlaut des § 313 Abs. 1 BGB jedoch insbesondere unter Beachtung der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung im Einzelfall zu bestimmen.²⁴ Ausgangspunkt ist dabei die Erwägung, dass bei einem Unternehmenskauf keine der Parteien wissen kann, wie sich das Unternehmen wirtschaftlich entwickeln wird und in welchem Umfang es Kunden gewinnen und verlieren wird. Das (unternehmerische) Risiko, dass sich die mit dem Erwerb der Alpenbrause GmbH verbundenen Ertragsaussichten nicht realisieren, trifft grundsätzlich die C-KG als Erwerber des Unternehmens. Dass A die Erwartungen der C-KG kannte, ändert für sich allein an dieser Risikoverteilung nichts und ist im Rahmen von § 313 BGB nicht von Belang.

Vorliegend wusste A jedoch, dass die Fit & Sexy Ltd. den Bezugsvertrag kündigen und damit die wichtigste Kundenbeziehung sicher wegfallen wird, und hat diesen Umstand in den Vertragsverhandlungen der C-KG vorsätzlich verschwiegen. Der

²¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 174.

²² *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage – ein neuer Rechtsbegriff, 1921, S. 25 - 38, insb. S. 37; zur historischen Entwicklung der Geschäftsgrundlagenlehre ausführlich *Eidenmüller*, JURA 2002, 824 (825 f.).

²³ BGH, Urteil v. 8.2.2006 – VIII ZR 304/04, NJW-RR 2006, 1037 (1038); BGH Urteil v. 14.10.1992 – VIII ZR 91/91, NJW 1993, 259 (262); BGH, Urteil v. 15.11.2000 – VIII ZR 324/99, NJW 2001, 1204 (1205).

²⁴ S. dazu ausführlich *Finkenauer*, in: MüKo BGB, 7. Aufl, 2016, § 313 Rn. 69 ff., 252 ff.

Umstand, dass das Gesetz in solchen Fällen der getäuschten Partei die Möglichkeit gibt, sich durch Anfechtung (§ 123 Abs. 1 BGB) oder Geltendmachung eines vorvertraglichen Schadensersatzanspruchs (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) von dem Vertrag zu lösen, zeigt, dass sich die gesetzliche Risikoverteilung unter diesen Voraussetzungen sehr wohl ändert. Allerdings führt eine solche Änderung der Risikoverteilung, deren Ursache nicht in äußeren Umständen, sondern im Verhalten einer der Parteien liegt, nicht zu einer Störung der Geschäftsgrundlage i.S.v. § 313 BGB, sondern zur Anfechtbarkeit des Vertrags und zur Entstehung von Schadensersatzansprüchen. Das durch § 313 Abs. 3 BGB eröffnete Rücktrittsrecht ist insoweit subsidiär.²⁵ Ohnehin würde eine Geschäftsgrundlagenstörung nicht ohne weiteres zu einem Rücktrittsrecht der C-KG führen, sondern primär einen Anspruch auf Vertragsanpassung begründen, der hier nicht im Interesse der C-KG liegt. Die C-KG kann folglich nicht gem. § 313 Abs. 3 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten.

Hinweis: Ein abweichendes Ergebnis ist mit entsprechender Begründung vertretbar. Eine Prüfung in dieser Breite wird von den Bearbeitern nicht erwartet.

4. Zwischenergebnis

Die C-KG kann jedenfalls gem. §§ 453 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB von dem Kaufvertrag zurücktreten. Zumindest aus Gründen anwaltlicher Vorsicht erscheint es empfehlenswert, dem I zuvor jedoch eine angemessene Frist zur Übertragung der Marke „Alpenbrause“ zu setzen.

II. Anfechtungsrecht der C-KG gem. § 123 Abs. 1 BGB

Die C-KG könnte den Vertrag ferner gem. § 123 Abs. 1 BGB anfechten, wenn sie bei Vertragsschluss durch A arglistig getäuscht wurde, mit der Konsequenz, dass der Vertrag gem. § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen wäre.

In Betracht kommt vorliegend nur eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch Unterlassen. Dies setzt voraus, dass eine Rechtspflicht zur Aufklärung besteht. Eine solche Aufklärungspflicht kann grundsätzlich nur unter strengen Voraussetzungen angenommen werden (vgl. oben unter I.2.). Es besteht grundsätzlich keine allgemeine Offenbarungspflicht hinsichtlich sämtlicher Umstände, die für den Entschluss des anderen Teils von Bedeutung sein können.²⁶ Aus den oben (unter I.2.) bereits genannten Gründen ist jedoch davon auszugehen, dass sowohl hinsichtlich der Inhaberschaft der Marke „Alpenbrause“ als auch hinsichtlich des Umstandes, dass der Bezugsvertrag mit der Fit & Sexy Ltd. auslaufen und nicht verlängert werden wird, eine Aufklärungspflicht des A bestand.

Vorliegend hat A die Steuerung des gesamten Verkaufsprozesses und damit auch die Erfüllung etwaiger Offenlegungspflichten an die S-Bank delegiert. Dass nicht die Alpenbrause GmbH, sondern A in Person Inhaber der Marke „Alpenbrause“ ist, hat die S-Bank bei der Durchführung der Due Diligence (fahrlässig) übersehen; es

²⁵ S. zur Subsidiarität der Geschäftsgrundlagenprüfung *Finkenauer*, in: MüKo BGB, 7. Aufl, 2016, § 313 Rn. 52.

²⁶ BGH, Urteil v. 13.07.1988 – VIII ZR 224/87, NJW 1989, 763 (764).

fehlt an dem für die „Arglist“ i.S.v. § 123 Abs. 1 BGB erforderlichen Vorsatz bezüglich einer Täuschung der C-KG.²⁷ Gleiches gilt für den Umstand, dass der Bezugsvertrag mit der Fit & Sexy Ltd. zum 31.12.2015 ausläuft: Es ist davon auszugehen, dass die Vertragslaufzeit aus dem Vertrag selbst ersichtlich war; dass die S-Bank darauf in ihrem Due Diligence-Report nicht hingewiesen hat, ist auf bloße Nachlässigkeit zurückzuführen. Weder gegenüber A noch gegenüber der S-Bank kann insoweit der Vorwurf einer arglistigen Täuschung erhoben werden.

Etwas anderes gilt für den Umstand, dass die Fit & Sexy Ltd. gegenüber A telefonisch angekündigt hat, entgegen der bisherigen Praxis den auslaufenden Bezugsvertrag nicht mehr verlängern zu wollen. In früheren Jahren wurde dieser Bezugsvertrag regelmäßig verlängert. Selbst wenn die C-KG über das vertragsgemäße Auslaufen des Bezugsvertrags zum 31.12.2015 aufgeklärt worden wäre, hätte sie daher Grund zu der Annahme gehabt, dass der Bezugsvertrag weiterhin verlängert werden würde. Dass die Fit & Sexy Ltd. bereits vor Abschluss des Kaufvertrags gegenüber A erklärt hat, den Bezugsvertrag nicht mehr verlängern zu wollen, war daher für die C-KG von erheblichem Interesse. Dass A darauf weder die mit der Erfüllung der Offenlegungspflichten betraute S-Bank hingewiesen noch selbständig die C-KG hierüber informiert hat, ist als arglistige Täuschung der C-KG anzusehen. Es ist davon auszugehen, dass A insoweit zumindest *dolus eventualis* hinsichtlich der Erregung eines Irrtums bei der C-KG hatte.²⁸

Die C-KG kann den Kaufvertrag daher gem. § 123 Abs. 1 BGB anfechten; erforderlich hierfür ist eine Anfechtungserklärung gegenüber dem A (§ 143 BGB), die binnen Jahresfrist zu erfolgen hat (§ 124 Abs. 1 BGB).

III. Anspruch der C-KG auf Vertragsaufhebung gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

Die C-KG könnte schließlich gegen A einen Anspruch auf Vertragsaufhebung gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB haben.

1. Anwendbarkeit

Der grundsätzliche Vorrang des in §§ 434 ff. BGB geregelten kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts steht Rechten den Käufers, die sich aus einer vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung ergeben, nicht entgegen, soweit diese Aufklärungspflichtverletzung arglistig (vorsätzlich) erfolgt ist.²⁹ Eine solche vorsätzliche Aufklärungspflichtverletzung des A ist jedenfalls mit Blick auf die Ankündigung der Fit & Sexy Ltd., entgegen der bisherigen Praxis den zum Jahresende auslaufenden Bezugsvertrag nicht mehr verlängern zu wollen, zu bejahen (vgl. bereits oben unter I. 2. b) bb)).

²⁷ Zu den subjektiven Anforderungen an die Arglist im Rahmen von § 123 BGB siehe BGH, Urteil v. 08.12.1989 – V ZR 246/87, NJW 1990, 975 (976); BGH, Urteil v. 13.06.2007 – VIII ZR 236/06, NJW 2007, 3057 (3059).

²⁸ Dolus eventualis genügt insoweit, BGH, Urteil v. 21.06.1974 – V ZR 15/73, NJW 1974, 1505 (1506); BGH, Urteil v. 13.06.2007 – VIII ZR 236/06, NJW 2007, 3057 (3059).

²⁹ BGH, Urteil v. 27.3.2009 – V ZR 30/08, NJW 2009, 2120 (2122); BGH, Urteil v. 16.12.2009 – VIII ZR 38/09, NJW 2010, 858 (859); BGH, Urteil v. 12.1.2011 – VIII ZR 346/09, NJW-RR 2011, 462 (463 f.).

Fraglich ist jedoch, ob ein Schadensersatzanspruch aufgrund vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung neben der Möglichkeit der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 Abs. 1 BGB bestehen kann. Teilweise wird vertreten, § 123 Abs. 1 BGB sei insoweit als *lex specialis* anzusehen. Anderenfalls würden die für die Anfechtung erforderlichen Voraussetzungen, namentlich das Arglistigerfordernis und die in § 124 Abs. 1 BGB vorgesehene Anfechtungsfrist leerlaufen.³⁰ Dem ist mit der Rechtsprechung und der wohl herrschenden Auffassung in der Literatur entgegen zu halten, dass tatbestandlich jede arglistige Täuschung zugleich auch eine *culpa in contrahendo* darstellt.³¹ Anfechtungsmöglichkeit und Schadensersatzanspruch unterscheiden sich sowohl in den Voraussetzungen als auch in den Rechtsfolgen. Ob einer Umgehung der Anfechtungsfrist des § 124 Abs. 1 BGB in der Weise vorgebeugt werden muss, dass bei vorsätzlichen Aufklärungspflichtverletzungen eine schadensersatzrechtliche Befreiung von einem ungewollten Vertrag lediglich in den Grenzen des § 124 Abs. 1 BGB zuzulassen ist, kann vorliegend dahinstehen, da die für eine Anfechtung erforderliche Jahresfrist noch nicht abgelaufen ist.³²

2. Anspruchsvoraussetzungen

Die übrigen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB liegen ohne weiteres vor. Die Vertragsverhandlungen über den Kaufvertrag begründen gem. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB ein vorvertragliches Schuldverhältnis. Indem A die C-KG über die Ankündigung der Fit & Sexy Ltd., den Bezugsvertrag nicht mehr zu verlängern, nicht informiert hat, hat er seine vorvertraglichen Aufklärungspflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB vorsätzlich verletzt (s. oben I.2.).

3. Rechtsfolge

Der Schadensersatzanspruch ist auf Naturalrestitution i.S.d. §§ 249 ff. BGB gerichtet. In Anbetracht der hohen Bedeutung des Bezugsvertrags mit der Fit & Sexy Ltd. für die Ertragskraft der Alpenbrause GmbH ist davon auszugehen, dass die C-KG den Kaufvertrag ohne die Verletzung der Aufklärungspflicht nicht abgeschlossen hätte und sie durch den Abschluss des Vertrags einen Vermögensschaden erlitten hat.³³ Naturalrestitution bedeutet in diesem Falle deshalb die Aufhebung des Vertrags.

³⁰ Medicus, JuS 1965, 209 (212 ff.); Lieb, in: FS Medicus (1999), S. 337 (338).

³¹ BGH, Urteil v. 31.1.1962 – VIII ZR 120/60, NJW 1962, 1196 (1198); BGH, Urteil v. 26.09.1997 – V ZR 29/96, DNotZ 1998, 349 (352); Armbrüster, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2015, § 123 Rn. 90; Arndol, JuS 2013, 865 (869 m.w.N).

³² Die Rspr. lehnt eine analoge Anwendung von § 124 BGB ab; s. BGH, Urteil v. 31.01.1962 – VIII ZR 120/60, NJW 1962, 1196 (1198); BGH, Urteil v. 7.2.2013 – IX ZR 138/11, NJW 2013, 1591. Instanzgerichte und Literaturstimmen sprechen sich demgegenüber teilweise für eine Analogie aus; s. OLG Hamm, Urteil v. 28.9.1993 – 7 U 110/92, NJW-RR 1995, 205; Armbrüster, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2015, § 123 Rn. 91 m.w.N.

³³ Von der Rspr. für den Anspruch auf Vertragsaufhebung gefordert, s. BGH, Urteil v. 26.9.1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302 (304); BGH, Urteil v. 18.9.2001 – X ZR 107/00, NJW 2002, 308 (310).

Zu erwägen ist, ob der Schadensersatzanspruch der C-KG gem. § 254 Abs. 1 BGB wegen Mitverschuldens zu kürzen ist, weil sie auf die Überprüfung der Alpenbrause im Rahmen der Durchführung einer eigenen Due Diligence vor Vertragsschluss verzichtet hat. Dabei hätte der C-KG auffallen können, dass die Alpenbrause GmbH nicht Inhaberin der Marke Alpenbrause ist (eine Recherche im Markenregister kann kostenfrei online auf der Homepage des DPMA durchgeführt werden) und dass der Bezugsvertrag mit der Fit & Sexy Ltd. zum Jahresende auslaufen wird. Allerdings kommt im Fall einer vorsätzlichen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten ein Mitverschulden desjenigen, dem die zu erteilenden Informationen vorenthalten wurden, nur unter besonderen Umständen zur Anrechnung, da sich dieser auf die Richtigkeit und Vollständigkeit ihm erteilter Informationen verlassen darf.³⁴ Der Anspruch der C-KG ist deshalb nicht wegen Mitverschuldens gem. § 254 Abs. 1 BGB zu kürzen.

IV. Anspruch der C-KG auf Vertragsaufhebung gem. §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und gem. § 826 BGB

Die arglistige Täuschung i.S.v. § 123 Abs. 1 BGB bzw. die vorsätzliche Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht begründet zugleich deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB (Betrug) und gem. § 826 BGB (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung). Die obigen Ausführungen zum Inhalt des Schadensanspruchs (s. oben unter III.3.) gelten insoweit entsprechend.

Hinweis: Aus anwaltlicher Sicht sind diese deliktsrechtlichen Ansprüche nicht uninteressant: Bei der Zwangsvollstreckung wegen einer Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung kann das Vollstreckungsgericht gem. § 850 f Abs. 2 ZPO auf Antrag des Gläubigers den pfändbaren Teil des Arbeitseinkommens ohne Rücksicht auf die in § 850c vorgesehenen Beschränkungen bestimmen; dem Schuldner (hier: A) ist nur so viel zu belassen, wie er für seinen notwendigen Unterhalt und zur Erfüllung seiner laufenden gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf. Hinzu kommt, dass Verbindlichkeiten des Schuldners aus unerlaubter Handlung gem. § 302 Nr. 1 InsO von einer späteren Erteilung der Restschuldbefreiung nicht berührt werden.

Frage 2: Wie wirken sich die zwischenzeitlich erfolgten Investitionen (Gutachten des T, Reparatur der Befüllungsmaschinen) und die Veräußerung des Betriebsgrundstücks auf eine etwaige Rückabwicklung des Kaufvertrags aus?

I. Rücktritt vom Vertrag: Rückabwicklung nach §§ 346 ff. BGB

³⁴ BGH, Urteil v. 1.2.2013 – V ZR 72/11, NJW 2013, 1807 (1809); BGH, Urteil v. 8.7.2010 – III ZR 249/09, NJW 2010, 3292 (3294).

Der Rücktritt vom Vertrag hätte zur Folge, dass der Kaufvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis i.S.d. §§ 346 ff. BGB umgewandelt wird.³⁵ Die C-KG müsste dem A also die Geschäftsanteile an der Alpenbrause GmbH und A müsste der C-KG den Kaufpreis zurückgewähren.

Die Reparatur der Befüllungsmaschinen ist auf Kosten der Alpenbrause GmbH erfolgt; zugleich hat die Alpenbrause für die aufgewandten 20.000 EUR mit der Reparatur aber eine adäquate Gegenleistung erhalten. Eine Wertminderung des Unternehmens, die im Zuge der Rückabwicklung gem. § 346 Abs. 2 BGB durch die C-KG zu ersetzen wäre, ist nicht eingetreten.

Gleiches gilt im Ausgangspunkt für die Veräußerung des Betriebsgrundstücks an eine Spedition zum Preis von 350.000 EUR. Die Veräußerung hat bei der Alpenbrause GmbH lediglich zu einem Aktivtausch geführt: An die Stelle des Eigentums an dem Grundstück ist Eigentum an 350.000 EUR (bzw. eine Auszahlungsforderung gegen die Bank i.H.v. 350.000 EUR gem. §§ 700 Abs. 1, 488 Abs. 1 Satz 2 BGB) getreten. Allerdings ist der Veräußerungserlös (abzüglich einer Steuerrücklage) an die C-KG als Gesellschafterin der Alpenbrause GmbH ausgeschüttet worden. Durch die Ausschüttung ist es zu einer Wertminderung der Geschäftsanteile an der Alpenbrause GmbH gekommen. Hierfür hätte die C-KG dem A gem. § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB Wertersatz zu leisten.

Das Gutachten über Möglichkeiten einer gewinnbringenden Zerschlagung der Alpenbrause GmbH hat die C-KG in eigenem Namen und für eigene Rechnung bei T beauftragt. Die Kosten hierfür könnte sie im Rahmen der Rückabwicklung von A nur nach Maßgabe von § 347 Abs. 2 BGB ersetzt verlangen. „Verwendungen“ i.S.v. § 347 Abs. 2 Satz 1 BGB sind allerdings (ebenso wie im Rahmen von § 994 BGB) nur solche Vermögensaufwendungen, die der Sache zugute kommen, indem sie unmittelbar ihrer Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung dienen.³⁶ Dies ist bei dem Gutachten des T nicht der Fall. Es handelt sich vielmehr um eine „andere Aufwendung“ i.S.v. § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB. Die Kosten hierfür könnte die C-KG aber nur ersetzt verlangen, wenn A durch das Gutachten bereichert wäre. Dafür bestehen keine Anhaltspunkte.

II. Anfechtung des Vertrags: Rückabwicklung nach §§ 812 ff. BGB

Die Anfechtung des Kaufvertrags hätte zur Folge, dass dieser gem. § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen wäre. Der Rechtsgrund für den bereits erfolgten Austausch der Hauptleistungen wäre entfallen, sodass gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB A von der C-KG die Geschäftsanteile und die C-KG von A den gezahlten Kaufpreis zurückverlangen könnte. Der Umstand, dass A inzwischen den

³⁵ Siehe zur Rechtsnatur und zum Inhalt des Rückgewährschuldverhältnisses ausführlich BGH, Urteil v. 8.12.1989 – V ZR 174/88, NJW 1990, 2068; BGH, Urteil v. 10.7.1998 – V ZR 360/96, NJW 1998, 3268; *Gaier*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, Vorb. §§ 346 – 354 Rn. 35 ff.; *Kaiser*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2012, § 346 Rn. 69 ff.

³⁶ *Gaier*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 347 Rn. 18.

gesamten Kaufpreis im Casino verspielt hat ändert daran nichts: A kann sich insoweit nicht auf Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) berufen, da dieser Einwand wegen seiner Bösgläubigkeit gem. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 142 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist.

Die Reparatur der Befüllungsmaschinen auf Kosten der Alpenbrause GmbH hat nicht zu einer Wertminderung der Geschäftsanteile geführt, sodass die C-KG hierfür auch im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nicht zum Wertersatz verpflichtet ist.

Die Veräußerung des Betriebsgrundstücks an eine Spedition zum Preis von 350.000 EUR hat bei der Alpenbrause GmbH lediglich zu einem Aktivtausch geführt (s. oben I.). Erst durch die Ausschüttung des Veräußerungserlöses an die C-KG ist es zu einer Wertminderung der Geschäftsanteile an der Alpenbrause GmbH gekommen. Hierfür hat die C-KG dem A gem. § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten.

Die Kosten für das Gutachten des T kann die C-KG auch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB nicht von A ersetzt verlangen: A hat das Gutachten schon nicht „erlangt“; dem A ist dadurch kein Vorteil zugeflossen, sodass es an einer Bereicherung des A fehlt. Das Bereicherungsrecht dient aber nicht zur Kompensation von Aufwendungen des Bereicherungsgläubigers, sondern zur Abschöpfung ungerechtfertigter Bereicherungen des Bereicherungsschuldners.

III. Anspruch auf Vertragsaufhebung: Rückabwicklung nach §§ 249 ff. BGB

Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wegen der Verletzung der Aufklärungspflicht hätte zur Folge, dass der Kaufvertrag aufzuheben und der Zustand herzustellen wäre, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 Abs. 1 BGB). Auch im Rahmen der Naturalrestitution ist also Ersatz für Wertminderungen des Vertragsgegenstands und für zwischenzeitlich von den Vertragsparteien getätigte Investitionen zu leisten.

Wiederum wirkt sich die Reparatur der Befüllungsmaschinen auf die schadensrechtliche Rückabwicklung des Vertrags nicht aus. Wertersatz ist aber für die Wertminderung der Geschäftsanteile an der Alpenbrause GmbH zu leisten, die dadurch entstanden ist, dass der mit dem Verkauf des Grundstücks erzielte Veräußerungserlös an die C-KG ausgeschüttet wurde. Andernfalls würde die C-KG nach der Vertragsaufhebung besser stehen, als sie ohne Vertrag gestanden hätte. Dies würde einen Verstoß gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot darstellen.³⁷

Ein entscheidender Unterschied zwischen Naturalrestitution und Rückabwicklung des Vertrags nach Maßgabe der §§ 346 ff. bzw. §§ 812 ff. BGB besteht darin, dass auch die Kosten für das Gutachten des T zu den Möglichkeiten der Zerschlagung der Alpenbrause GmbH ersatzfähig sind. Entscheidend ist nämlich allein, dass diese Kosten ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand – hier die Aufklärungs-

³⁷ Vgl. BGH, Urteil v. 20.6.1989 – VI ZR 334/88, NJW 1989, 3009; BGH, Urteil v. 29.4.2003 – VI ZR 393/02, NJW 2003, 2085.

pfllichtverletzung durch A – nicht eingetreten wären. Hätte A seine Aufklärungspflicht nicht verletzt, hätte die C-KG die Geschäftsanteile an der Alpenbrause GmbH nicht erworben und damit auch das Gutachten nicht in Auftrag gegeben.

Aus anwaltlicher Sicht ist die Geltendmachung des Anspruchs auf Vertragsaufhebung daher am attraktivsten. Dies gilt auch deshalb, weil zugleich die Beweisforderungen geringer sind als insbesondere bei einer Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB: Bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB wird das Vertretenmüssen des A gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB widerleglich vermutet; bei der Anfechtung des Vertrags gem. § 123 Abs. 1 BGB muss die C-KG hingegen die Arglist des A beweisen.³⁸

Frage 3: Hat die C-KG Ansprüche gegen die S-Bank, da dieser im Rahmen der durchgeführten Due Diligence nicht aufgefallen ist, dass nicht die Alpenbrause GmbH, sondern A in Person Inhaber der Marke „Alpenbrause“ ist, und sie dementsprechend in ihrem Due Diligence Report darauf nicht hingewiesen hat?

I. Auskunftsvertrag zwischen C-KG und S-Bank

Die Annahme eines stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrags zwischen der C-KG und der S-Bank³⁹ kommt in Ermangelung eines entsprechenden Rechtsbindungswillens der S-Bank gegenüber potentiellen Käufern, denen A den Due Diligence Report zur Verfügung stellt, nicht in Betracht.⁴⁰ Dies ergibt sich ausdrücklich aus der Präambel zu dem Due Diligence-Report.

II. Anspruch aus §§ 280, 241 II, 311 II Nr. 3, III 2 BGB

In Betracht kommt ein Anspruch der C-KG gegen die S-Bank aus § 311 Abs. 3 BGB. Dann müsste die S-Bank in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst haben.

1. Erhebliche Beeinflussung der Vertragsverhandlungen durch die S-Bank als „Dritte“

Der von der S-Bank erstellte Due Diligence-Report sollte dazu verwendet werden, potentielle Käufer der Alpenbrause GmbH über die mit einem Erwerb der Geschäftsanteile verbundenen finanziellen, steuerlichen und rechtlichen Risiken zu

³⁸ S. zur Beweislast im Rahmen von § 123 Abs. 1 BGB BGH, Urteil v. 27.6.2014 – V ZR 55/13, NJW 2014, 3296 (3297); *Armbrüster*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2015, § 123 Rn. 83.

³⁹ S. dazu im Kontext der Sachverständigenhaftung *Philippsen*, Zur Dritthaftung des privat beauftragten Gutachters für fahrlässig verursachte Vermögensschäden, 1998, S. 186; zu terminologischen Schwierigkeiten vgl. S. 130 f.

⁴⁰ Vgl. für die Haftung Sachverständiger gegenüber Dritten *Canaris*, ZHR 163 (1999), 206 (213); *Pinger/Behme*, JuS 2008, 675 (677); ablehnend auch *Schäfer*, AcP 202 (2002), 808 (817) („Jedenfalls wäre dies eine Überdehnung oder gar Verkehrung des Vertragsgedankens“).

informieren. Die Ergebnisse der Prüfung wirken sich sowohl auf die Bereitschaft des Käufers zum Vertragsschluss als auch auf den Kaufpreis erheblich aus. Es liegt somit in der Natur eines solchen Due Diligence-Reports, dass er den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.⁴¹

2. Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens durch die S-Bank

Unter welchen Voraussetzungen im Rahmen von § 311 Abs. 3 BGB davon auszugehen ist, dass der Dritte besonderes persönliches Vertrauen für sich in Anspruch nimmt, ist dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu entnehmen. Insoweit kann auf die von der Rechtsprechung bereits vor der Schuldrechtsreform entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.⁴² Danach kommt eine Haftung des Dritten nur unter strengen Voraussetzungen in Betracht. Der Umstand, dass der Dritte über besondere Sachkunde verfügt und die Vertragsparteien darauf vertrauen, reicht insoweit nicht aus. Vielmehr muss der Dritte über das allgemeine Verhandlungsvertrauen hinaus eine zusätzliche, von ihm persönlich ausgehende Gewähr für die Seriosität und die Erfüllung des Geschäfts bieten.⁴³

In den Gesetzesberatungen wurde diskutiert, inwieweit sich der neue § 311 Abs. 3 BGB auf die Due Diligence-Prüfung (durch Rechtsanwälte) im Rahmen von Unternehmensübernahmen negativ auswirken könnte. Zutreffend wird dort differenziert zwischen reinen Parteigutachten, bei deren Erstellung der Berater nur das Vertrauen seines Mandanten, nicht aber von deren Vertragspartnern in Anspruch nimmt: Insoweit vermag auch § 311 Abs. 3 BGB eine Haftung nicht zu begründen. Anders soll es sich hingegen bei einer sog. *third party legal opinion* verhalten, die dazu bestimmt ist, einem Dritten vorgelegt zu werden und auf die dieser seine Entscheidung über einen etwaigen Vertragsschluss stützen können soll.⁴⁴ Da vorliegend der von der S-Bank erstellte Due Diligence-Report von vornherein dazu bestimmt war, potentiellen Kaufinteressenten im Rahmen des Bieterverfahrens zugänglich gemacht zu werden, sind die hohen Anforderungen an die Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens hier erfüllt. Es besteht somit ein Anspruch der C-KG gegen die S-Bank aus § 311 Abs. 3 BGB.

Hinweis: Ein abweichendes Ergebnis ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

III. Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte

⁴¹ Vgl. im Ergebnis auch *Krebs/Kemmerer*, NZG 2012, 847 (848).

⁴² *Emmerich*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2015, § 311 Rn. 173.

⁴³ BGH, Urteil v. 17.6.1991 – II ZR 171/90, NJW-RR 1991, 1241 (1242). Auf dieses Urteil wird auch in der Regierungsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ausdrücklich Bezug genommen; s. BT-Drs. 14/6040 S. 163. Die Formulierung wurde auch in der jüngeren Rechtsprechung aufgegriffen; s. etwa BGH, Urteil v. 24.5.2005 – IX ZR 114/01, NJW-RR 2005, 1137 (1138); BGH, Urteil v. 13.12.2005 – KZR 12/04, NJW-RR 2006, 993 (994).

⁴⁴ BT-Drucks. 14/7052, S. 190.

Ein Schadensersatzanspruch der C-KG könnte sich schließlich aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte ergeben.

1. Leistungsnähe

Um in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen zu werden, muss sich der Dritte in Leistungsnähe befinden, d.h. den Gefahren des Schuldverhältnisses in gleichem Maße ausgesetzt sein wie der Gläubiger.⁴⁵ Das ist bei dem von der S-Bank erstellten Due Diligence Report, der die mit einem Erwerb der Geschäftsanteile an der Alpenbrause GmbH verbundenen Risiken bewertet, der Fall: Beide Vertragsparteien machen den Report zur Grundlage von Vermögensdispositionen;⁴⁶ das Vermögen beider wird folglich durch Bewertungsfehler gefährdet.

2. Schutzinteresse des A

Ferner müsste A als Auftraggeber des Due Diligence Reports ein besonderes Interesse am Schutz der C-KG haben.⁴⁷ Ein solches Einbeziehungsinteresse des Gläubigers wurde nach inzwischen veralteter Rechtsprechung dann bejaht, wenn der Gläubiger für das Wohl und Wehe des Dritten mitverantwortlich ist, weil dessen Schädigung auch ihn trifft, indem er ihm gegenüber zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist.⁴⁸ Die Wohl- und Wehe-Formel ist auf soziale Abhängigkeitsverhältnisse zugeschnitten. Sie passt nur, wenn Gläubiger und Dritter dieselben Interessen haben, was bei Austauschverträgen nicht der Fall ist: A als Verkäufer hat ein Interesse an einer möglichst hohen Bewertung seines Unternehmens; die C-KG als Käuferin will einen möglichst geringen Kaufpreis zahlen – die Interessen der Parteien sind also gegenläufig. Daher ist der BGH von der „Wohl-und-Wehe-Formel“ teilweise abgerückt und begründet das Schutzinteresse des Gläubigers trotz Gegenläufigkeit der Interessen nun folgendermaßen: Der Besteller eines Gutachtens (hier: Due Diligence Report) möchte von diesem gegenüber dem Dritten Gebrauch machen; er hat ein Interesse daran, dass die Ausarbeitung eine hinreichende Beweiskraft besitzt, was voraussetzt, dass der Gutachter sorgfältig arbeitet. Denn nur dann verlässt sich die andere Partei auf das Gutachten und zahlt einen entsprechenden Kaufpreis.⁴⁹ Daher liegt es im Interesse des A, dass auch die C-KG vor Fehlinformationen geschützt wird.

Der Ausschluss der Haftung gegenüber Dritten (s. dazu noch unten IV.) in der Präambel des Due Diligence-Reports ändert an dem Einbeziehungsinteresse des A nichts. Würden Dritte nicht in den Schutzbereich des Vertrags zwischen A und der

⁴⁵ BGH, Urteil v. 26.6.2001 – X ZR 231/99, NJW 2001, 3115 (3116); *Gottwald*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 181; *Pinger/Behme*, JuS 2008, 675.

⁴⁶ Vgl. auch *Krebs/Kemmerer*, NZG 2012, 847 (848).

⁴⁷ BGH, Urteil v. 2.7.1996 – X ZR 104/94, NJW 1996, 2927 (2928); *Gottwald*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 182; *Pinger/Behme*, JuS 2008, 675.

⁴⁸ BGH, Urteil v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269 (272); BGH, Urteil v. 15.6.1971 – VI ZR 262/69, NJW 1971, 1931 (1932).

⁴⁹ BGH, Urteil v. 10.11.1994 – III ZR 50/94, NJW 1995, 392; BGH, Urteil v. 2.4.1998 – III ZR 245–96, NJW 1998, 1948 (1949); BGH, Urteil v. 20.4.2004 – X ZR 250/02, NJW 2004, 3035 (3036).

S-Bank einbezogen, wäre der Due Diligence-Report für A von vornherein nur von begrenztem Nutzen gewesen. Dementsprechend hat der BGH sogar in einem Fall, in dem ein Gutachten mit dem Vermerk „Nur für den Auftraggeber bestimmt“ versehen war, ausgeführt, dieser Vermerk sei nicht geeignet, die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Vertrags über die Erstattung des Gutachtens zu verhindern.⁵⁰

c) Erkennbarkeit für die S-Bank

Leistungsnähe und Schutzinteresse des Gläubigers müssen für den Schuldner erkennbar gewesen sein, damit er über sein Risiko im Klaren ist.⁵¹ Nicht erforderlich ist es indes, dass der Schuldner Namen oder Zahl der betroffenen Dritten kennt.⁵² Somit genügt es vorliegend, dass die S-Bank wusste, dass der Due Diligence Report für Dritte, hier potentielle Erwerber der Geschäftsanteile an der Alpenbrause GmbH, relevant werden würde.

d) Schutzbedürftigkeit der C-KG

Schließlich müsste der Dritte schutzbedürftig sein.⁵³ Das soll der Fall sein, wenn er keine anderen gleichwertigen vertraglichen Ansprüche – gleich gegen wen – hat, während deliktsrechtliche Ansprüche an seiner Schutzbedürftigkeit nichts ändern sollen.⁵⁴ In Fällen, in denen die Haftung Sachverständiger im Raum steht, ist der Dritte also stets schutzbedürftig, weil er gegen den Gutachter keine vertraglichen Ansprüche hat; die Schutzbedürftigkeit soll jedoch entfallen, wenn ein vertraglicher Anspruch gegen den Besteller des Gutachtens besteht, während deliktsrechtliche Ansprüche – gleich gegen wen – nicht von Belang sind. Hier käme dementsprechend ein Anspruch der C-KG gegen die S-Bank nicht in Betracht, da der C-KG vertragliche Ansprüche gegenüber A zustehen (s. oben Frage 1).

Das Erfordernis der Schutzbedürftigkeit ist Ausfluss der Subsidiarität des vertraglichen Drittschutzes. Die Subsidiarität des vertraglichen Drittschutzes ist dadurch gerechtfertigt, dass er seine Rechtsgrundlage lediglich in einer auf § 242 BGB basierenden richterlichen Rechtsfortbildung hat.⁵⁵ Mit der Annahme, dass Ansprüche gegen den Gutachter nicht in Betracht kommen, wenn irgendein vertraglicher Anspruch gegen irgendeine andere Person besteht, wird jedoch verkannt, „dass es für den Schutz des Geschädigten nicht gleichgültig ist, wer haftet, sondern darauf ankommt, den ‚Richtigen‘, den Gefahrverursacher und Gefahrbeherrscher haftbar zu

⁵⁰ BGH, Urteil v. 20.4.2004 – X ZR 250/02, NJW 2004, 3035 (3039); anders *Krebs/Kemmerer*, NZG 2012, 847 (849) für den Fall, dass der Dritte den Bericht nur nach Gegenzeichnung eines Non Reliance-Letters erhält.

⁵¹ BGH, Urteil v. 2.7.1996 – X ZR 104/94, NJW 1996, 2927 (2928 f.); *Gottwald*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 187; *Pinger/Behme*, JuS 2008, 675 (677).

⁵² BGH, Urteil v. 13.7.1994 – IV ZR 294/93, NJW 1995, 51 (53); BGH, Urteil v. 20.4.2004 – X ZR 250/02, NJW 2004, 3035 (3038).

⁵³ BGH, Urteil v. 2.7.1996 – X ZR 104/94, NJW 1996, 2927 (2929); *Gottwald*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 188.

⁵⁴ BGH, Urteil v. 2.7.1996 – X ZR 104/94, NJW 1996, 2927 (2929); krit. *Pinger/Behme*, JuS 2008, 675 (677); *Schwarze*, AcP 203 (2003), 348 (349 ff., 364).

⁵⁵ S. zur Rechtsgrundlage des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte ausführlich *Pinger/Behme*, DS 2009, 54 (56 f.); ferner *Fervers*, ZJS 2014, 91 (95 f.).

machen.“⁵⁶ Dies ist bei fehlerhaften Gutachten der Sachverständige; der Drittschutz hat seinen Zweck darin, Dritte an den dem Gutachter gegenüber dem Gläubiger obliegenden Schutzpflichten teilhaben zu lassen. Besteht überdies ein Haftungsgrund oder ein Mitverschulden in der Person des Gläubigers, wird die Letztverantwortung im Innenverhältnis zwischen Gutachter und Gläubiger (nach Maßgabe des § 254 BGB) verteilt. Im Außenverhältnis muss hingegen der Rechtsgedanke des § 421 BGB gelten, wonach sich der Dritte seinen Anspruchsgegner aussuchen, also auch Ansprüche gegen den Gutachter geltend machen kann.⁵⁷ Die Haftung des Gutachters nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte kann deshalb nicht subsidiär sein gegenüber der vertraglichen Haftung *anderer Personen*. Die gegen A bestehenden vertraglichen Ansprüche lassen daher den Anspruch der C-KG gegen die S-Bank unberührt.

Hinweis: Subsidiär wäre der Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte freilich gegenüber einem Anspruch der C-KG gegen die S-Bank aus § 311 Abs. 3 BGB. Denn wenn die S-Bank bereits einen eigenen (quasi-)vertraglichen Anspruch gegen die S-Bank hat, besteht für die Konstruktion eines weiteren Anspruchs auf der von § 242 BGB kein Bedarf.⁵⁸

IV. Wirksamkeit des Haftungsausschlusses der S-Bank gegenüber Dritten (Non Reliance-Letter)

Die S-Bank hat gegenüber Dritten in der Präambel zu dem Due Diligence-Report jede Haftung ausgeschlossen (sog. Non Reliance-Letter). Fraglich ist, ob dieser Haftungsausschluss wirksam ist. Entgegen häufiger Praxis wurde der Non Reliance-Letter vorliegend nicht durch den Dritten ausdrücklich (durch Gegenzeichnung) akzeptiert,⁵⁹ sondern der Haftungsausschluss wurde lediglich im Verhältnis zwischen der S-Bank und A vereinbart.

1. Verstoß gegen § 276 Abs. 3 BGB

Nach dem Wortlaut der Präambel wird die Haftung „gleich aus welchem Rechtsgrund“ ausgeschlossen. Der Haftungsausschluss schließt daher auch die Haftung wegen Vorsatzes ein, die dem Schuldner gem. § 276 Abs. 3 BGB nicht im Voraus erlassen werden kann, und ist deshalb unwirksam.

2. Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB

Sofern (wovon auszugehen ist), der Haftungsausschluss gegenüber Dritten von der S-Bank für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurde, handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB. Zwar ordnet § 310

⁵⁶ Schwarze, AcP 203 (2003), 348 (350); zustimmend Pinger/Behme, JuS 2008, 675 (677).

⁵⁷ Schwarze, AcP 203 (2003), 348 (364); zustimmend Pinger/Behme, JuS 2008, 675 (677).

⁵⁸ Pinger/Behme, JuS 2008, 675 (678).

⁵⁹ S. dazu Krebs/Kemmerer, NZG 2012, 847 (850).

Abs. 1 Satz 1 BGB an, dass § 305 Abs. 2 und 3, § 308 Nr. 1, 2 bis 8 und § 309 keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen finden, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Allgemeine Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr sind jedoch am Maßstab von § 307 Abs. 1 BGB überprüfbar. Fällt eine Klausel in AGB bei ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern unter eine Verbotsnorm des § 309 BGB, so ist dies ein Indiz dafür, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB führt, es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden.⁶⁰

Hier verstößt der Haftungsausschluss in der Präambel gegen § 309 Nr. 7 BGB, da er die Haftung auch für Verletzungen von Leben, Körper und Gesundheit (lit. a) sowie für grobes Verschulden (lit. b) ausschließt. Damit ist eine unangemessene Benachteiligung Dritter durch die Präambel indiziert.

Indes ist fraglich, ob sich Dritte auf den Schutz des AGB-Rechts überhaupt berufen können. Gem. § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Der Wortlaut stellt also explizit darauf ab, dass die Benachteiligung den Vertragspartner des Verwenders trifft (hier also den A). Haftungsausschlüsse gegenüber Dritten verstoßen deshalb nur dann gegen § 307 Abs. 1 BGB, wenn sie zugleich zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders führen;⁶¹ dabei können die Interessen des Dritten freilich im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden.⁶² Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte für eine Benachteiligung des A dadurch, dass die S-Bank ihre Haftung gegenüber Dritten ausschließt. Der Haftungsausschluss ist deshalb nicht gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

3. Unwirksamkeit aufgrund vertraglicher Vereinbarung zulasten Dritter

Die Unwirksamkeit des Non Reliance-Letters ergibt sich allerdings daraus, dass etwaige Ansprüche Dritter von vornherein nicht zur Disposition der S-Bank und des A gestanden haben, als sie den Beratervertrag über die Durchführung der Due Dilligence abgeschlossen haben. Es handelt sich um einen Vertrag zu Lasten Dritter.⁶³

Hinweis: Sofern der Anspruch der C-KG gegen die S-Bank allein auf die §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für

⁶⁰ BGH, Versäumisurteil v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774; s. zu § 11 AGBG bereits BGH, Urteil v. 8.3.1984 – VII ZR 349/82, NJW 1984, 1750 (1751); s. zu dieser Rechtsprechung mit Beispielen v. *Westphalen*, NJW 2009, 2977 (2978 f.) m.w.N.

⁶¹ *H. Schmidt*, in: BeckOK BGB, 37 Ed., § 307 Rn. 25 („Dabei geht es allerdings bestenfalls um einen Drittschutz als Reflex des Vertragspartnerschutzes.“); zustimmend *Fervers*, ZJS 2014, 91 (93); vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil v. 14.08.2013 – 7 U 63/13, BeckRS 2013, 14476.

⁶² Vgl. BGH, Urteil v. 15.6.1989 – VII ZR 205/88, NJW 1989, 2750 (2751).

⁶³ Zu den (rechtspraktischen und rechtsökonomischen) Argumenten, aufgrund derer die Möglichkeit eines isolierten Haftungsausschlusses zulasten des Dritten abzulehnen ist, s. ausführlich und überzeugend *Fervers*, ZJS 2014, 91 (94 f.).

Dritte gestützt wird, ist es vertretbar, den Ausschluss der Haftung mit der Erwägung für zulässig zu halten, dass Rechtsgrundlage des vertraglichen Drittschutzes nach der Rechtsprechung eine ergänzende Vertragsauslegung ist; für eine solche ergänzende Vertragsauslegung ist aber dort kein Raum, wo die Parteien einen bestimmten Punkt – hier: die Haftung gegenüber Dritten – ausdrücklich geregelt haben.⁶⁴ Diese Argumentation verfängt freilich nicht, wenn man die Rechtsgrundlage des vertraglichen Drittschutzes anderweitig begründet und sie etwa in einer richterlichen Rechtsfortbildung auf der Grundlage von § 242 BGB sieht.⁶⁵

⁶⁴ Vgl. OLG Hamm, Urteil v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, NJW-RR 2013, 1522: „Ob und welche Dritte sie in den Schutzbereich des von ihnen geschlossenen Vertrags einbeziehen, unterliegt im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich der freien Disposition der Vertragsschließenden.“

⁶⁵ So *Pinger/Behme*, DS 2009, 54 (56 f.) m.w.N.; ähnlich *Fervers*, ZJS 2014, 91 (94 f.).