

DIE GEWÄHRLEISTUNGSHAFTUNG BEIM UNTERNEHMENSKAUF
NACH DEUTSCHEM UND ENGLISCHEM RECHT

– EINE RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG –

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR
ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE
EINER HOHEN RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT ZU KÖLN

VORGELEGT VON

THOMAS KRECEK, LL.M. (CANTAB.)
AUS BOCHUM

Referent: Prof. Dr. Barbara Grunewald
Korreferent: Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Tag der mündlichen Prüfung: 18. Dezember 2001

Meinen Eltern

VORWORT

Meine Freude über den Abschluss des Promotionsprojekts geht einher mit großer Dankbarkeit denen gegenüber, die mich dabei unterstützt haben, insbesondere:

Frau Rechtsanwältin Daniela Weber-Rey, Frankfurt am Main, die mich in der Praxis der grenzüberschreitenden Rechtsberatung ausgebildet hat und ohne deren Unterstützung diese Arbeit in dieser Form nie entstanden wäre. Frau Weber-Rey hat mein Bewusstsein dafür geprägt, dass angesichts des in der wirtschaftlichen Realität oft unumgänglichen Pragmatismus gerade die enge Verbundenheit zu Theorie und wissenschaftlichem Arbeiten die beratende Praxis faszinierend macht.

Mr. Tony Weir, Trinity College, Cambridge, dessen an anschaulicher Präsentationsweise und brilliantem Informationsgehalt nicht zu überbietende Vorlesungen und Seminare im Rahmen des LL.M.-Programms 1999/2000 Verständnis für die Besonderheiten des "common law" und die Denkweise englischer Juristen geschaffen haben. Die fachliche Diskussion mit Mr. Weir hat mir in wesentlichen Punkten die Augen geöffnet und mich vor Fehlern bei der Darstellung des englischen Rechts bewahrt.

Daniel B. Waggoner, Washington, D. C., der mir stets als Ansprechpartner für Fragen zur Darstellung interkultureller und methodischer Aspekte zur Verfügung stand, sowie Peter Möbius, Radebeul, und Björn Weidner, Frankfurt am Main, deren Computerkenntnisse mir im Sommer 2000 aus ärgster Verlegenheit geholfen haben. Meinen Eltern, meinem Bruder Michael sowie meinem Mitstreiter aus Studien- und Referendariatszeiten Ulrich Mühl für ebenso präzise wie konstruktive Kritik; mindestens ebenso dankenswert ist, dass sie die Mühen des Korrekturlesens auf sich genommen haben.

Der Bucerius-Stiftung, die mir mit einem großzügigen Stipendium ermöglicht hat, die Promotion mit einem Auslandsjahr in England zu verbinden, das zugleich das schönste Jahr meiner juristischen Ausbildung überhaupt war. Der Studienstiftung des deutschen Volkes, insbesondere meiner Vertrauensdozentin Frau Prof. Dr. Ursel Theile sowie Herrn Dr. Hans-Ottmar Weyand, für jahrelange Förderung und viele wertvolle Ratschläge. Last but not least, Frau Prof. Dr. Barbara Grunewald für die außerordentlich effiziente Betreuung dieser Arbeit und die Unterstützung bei der Vorbereitung meines Forschungsprojekts in England.

Frankfurt am Main, im Januar 2002

Thomas Krecek

INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT	v
INHALTSVERZEICHNIS	vii
LITERATURVERZEICHNIS	xix
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	xxxix
1. TEIL: EINLEITUNG.	1
A. Wirtschaftlicher Hintergrund.	2
B. Englischer Einfluss auf die Entwicklung in Deutschland	3
I. Deutsch-englische Vertragsgestaltung beim Unternehmenskauf	3
II. Begrifflichkeit	5
1. "common law"	5
2. Formen des Unternehmenskaufs.	7
C. Gewährleistungsproblematik beim Unternehmenskauf	8
I. Gesetzliche oder richterrechtliche Regelung	9
1. Deutsches Recht.	10
2. Englisches Recht.	10
3. Rechtsvergleichender Ansatz.	11
II. Problembewältigung durch vertragliche Gestaltung.	11
1. Deutsches Recht.	12
2. Englisches Recht.	12
3. Englische Klauseln in Verträgen nach deutschem Recht	13
a) Übersetzung englischer Rechtsbegriffe	13
b) Funktionelle Übertragung	15

D. Komparatistische Methode: Funktionalismus	15
I. Kritik	16
II. Rechtfertigung und praktische Konsequenz.	16
E. Tertium Comparationis: Funktion der Gewährleistungshaftung ..	20
F. Gedankenführung	21
2. TEIL: DEUTSCHES RECHT	23
A. Kodifiziertes Recht	23
I. “asset deal”	24
1. Subsumtion unter § 433 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB.	24
2. Subsumtion unter §§ 459 ff., 434, 440 BGB	25
3. Rechtsprechung und Schrifttum	27
a) Rechtsnatur des Vertrags	27
b) Gewährleistungsrecht	29
4. Zwischenergebnis	29
II. “share deal”	29
1. Subsumtion unter den Gesetzestext	29
2. Rechtsprechung und Schrifttum	30
a) Rechtskauf	30
b) Rechtsmängelhaftung	31
i) Haftung gemäß § 434 BGB.	31
ii) Veritätshaftung gemäß § 437 BGB	31
3. Zwischenergebnis	33
B. Analogien	34
I. “asset deal”	34
1. Analogie zu § 433 BGB	34

2. Analogie zu §§ 459 ff. BGB	36
a) Regelungslücke.	36
b) Vergleichbarkeit: Sache und Unternehmen	37
i) Rechtsprechung.	37
ii) Schrifttum.	39
c) Fehlerbegriff.	40
d) Begriff der zusicherungsfähigen Eigenschaft	42
3. Haftungsausschluss analog § 460 BGB.	43
4. Rechtsfolgen.	45
a) Wandelung, Minderung und Schadensersatz	45
b) Andere Lösungsvorschläge	47
5. Verjährung	47
a) § 477 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB analog	48
b) Andere Lösungsvorschläge	48
6. Zwischenergebnis	50
II. “share deal”	50
1. Analogie zu §§ 459 ff. BGB	50
a) Rechtsprechung	51
b) Schrifttum	52
2. Zwischenergebnis	54
C. Dogmatische Hilfskonstruktionen.	55
I. Culpa in contrahendo	55
1. Anwendbarkeit	55
a) Subsidiarität	55
b) “asset deal” und “share deal”	57

2. Tatbestand	57
a) Pflichtenbegründendes Schuldverhältnis.....	58
b) Pflichtverletzung.....	58
i) Aktives Tun.....	58
ii) Unterlassen	59
c) Verschulden.....	60
3. Rechtsfolge: Schadensersatzanspruch	61
a) Rechtsprechung	62
b) Schrifttum	62
c) Mitverschulden	63
d) Vorteilsanrechnung	64
e) Verjährung.....	64
4. Zwischenergebnis	65
II. Wegfall der Geschäftsgrundlage.....	66
1. Anwendbarkeit	66
2. Inhaltliche Anpassung des Vertrags.....	67
III. Zwischenergebnis	68
D. Einzelvertragliche Gestaltung	69
I. Zusicherung von Eigenschaften.....	70
II. Vertragliche Regelung außerhalb des Sachmängelrechts	70
1. Unselbständige Garantie.....	72
2. Selbständige Garantie gemäß §§ 305, 241 BGB.....	72
3. Verjährungsregelung.....	74
4. Weitere Vertragsklauseln	74
E. Zwischenergebnis	75

3. TEIL: ENGLISCHES RECHT.	77
A. Vorvertragliche Tatsachenerklärungen: “representations”	77
I. Begriff der “representation”	78
1. Abgrenzung von Empfehlungen und Meinungsäußerungen	78
2. Abgrenzung von Erklärungen über die Rechtslage	79
3. Erklärungen über zukünftige Tatsachen	80
4. Schweigen: “non-disclosure”	81
II. Weitere Tatbestandsmerkmale	83
1. Eindeutigkeit: “unambiguity test”	83
2. Wesentlichkeit: “materiality test”	84
3. Kausalität: “reliance test”	85
III. Rechtsfolgen der vorvertraglichen “misrepresentation”	86
1. Deliktsrechtlicher Schadensersatz: “damages”	87
a) Arglistig falsche Tatsachenerklärungen	87
i) Ersatzfähiger Schaden	88
ii) Kausalzusammenhang: “remoteness of damage”	89
b) Sorgfaltswidrig falsche Tatsachenerklärungen	90
i) Ersatzfähiger Schaden	91
ii) Kausalzusammenhang: “remoteness of damage”	91
c) Schadensersatz gemäß Misrepresentation Act 1967	91
i) Sorgfaltswidrig falsche Tatsachenerklärungen	92
(1) <i>Ersatzfähiger Schaden</i>	93
(2) <i>Kausalzusammenhang: “remoteness of damage”</i>	94
(3) <i>Anwendbarkeit der für Arglistfälle entwickelten Regeln</i>	95

ii) Schuldlos falsche Tatsachenerklärungen.	96
(1) <i>Entschädigung statt Vertragsauflösung: “damages in lieu of rescission”</i>	96
(2) <i>Ersatzfähiger Schaden und Kausalzusammenhang</i>	99
d) Einreden gegen den Schadensersatzanspruch	100
i) Bestätigung: “affirmation”	100
ii) Schadensminderung und Vorteilsanrechnung: “mitigation of loss”	100
iii) Mitverschulden: “contributory negligence”	101
e) Verjährung.	102
2. Auflösung des Vertrages: “rescission”	104
a) Begriff	104
b) Tatbestandsvoraussetzungen der “rescission for misrepresentation”	105
c) Rechtsfolgen.	106
i) Recht, den Vertrag aufzulösen: “voidability”	106
ii) Entschädigung: “recovery of an indemnity”	108
iii) Verhältnis zwischen “rescission” und Schadensersatzanspruch	108
d) Einreden gegen das Recht zur Vertragsauflösung	109
i) Bestätigung: “affirmation”	109
ii) Unmöglichkeit, den status quo ex ante wiederherzustellen.	111
iii) Schutz der Rechte Dritter: “prejudice to innocent third party”	113
iv) Zeitablauf: “lapse of time”	113
e) Ausschluss und Begrenzung ex ante	114
i) Misrepresentation Act 1967, s 3	114
(1) <i>Anwendungsbereich</i>	114
(2) <i>Kriterien für die Angemessenheitsprüfung: “reasonableness”</i>	117
(3) <i>Einzelfälle</i>	121

ii) Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen	122
f) Verjährung	123
B. Vertragsverletzung: “breach of contract”	123
I. Schadensersatz	125
1. Tatbestandsvoraussetzungen	126
a) In den Vertrag aufgenommene falsche Tatsachenerklärungen	126
i) Vertraglich bindende Abrede	126
ii) Bindung im Rahmen eines Zusatzvertrages: “collateral contract”	128
b) Andere Kategorien vertraglicher Abreden	129
c) Verletzung einer Vertragsabrede: “breach of contract”	130
i) Nichterfüllung oder Leistungsverweigerung: “failure or refusal to perform”	130
ii) Schlechterfüllung: “defective performance”	131
iii) Zerstören der Fähigkeit zum Erbringen der Leistung	132
2. Rechtsfolgen	132
a) Ersatzfähiger Schaden	133
b) Kausalzusammenhang: “remoteness of damage”	133
c) Vertraglich festgelegte Schadenshöhe: “liquidated damages clauses”	134
d) Verhältnis zum Recht auf “rescission for pre-contractual misrepresentation”	134
3. Einreden gegen den Schadensersatzanspruch wegen Vertragsverletzung	135
a) Ausschluss und Begrenzung ex ante	136
i) Misrepresentation Act 1967, s 3	136
ii) Unfair Contract Terms Act 1977	136
(1) “asset deal”	136
(2) “share deal”	138
(3) Mit Haftungsausschluss und -begrenzung gleichgestellte Abreden	138

iii) Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen	139
(1) <i>Auslegung contra proferentem</i>	140
(2) <i>Fundamentale Vertragsverletzung</i>	140
(3) <i>Haftungsausschluss für arglistig falsche Tatsachenerklärung</i>	142
(4) <i>Angemessenheitsprüfung: “reasonableness test”</i>	143
iv) Wirkung von Ausschluss und Begrenzung des Vertragsbeendigungsrechts	143
b) Einzelfälle.	144
i) Vertragliche Schwellenwerte: “de minimis restrictions”	145
ii) Vertragliche Höchstwerte: “maximum liability”.	145
c) Mitverschulden: “contributory negligence”.	146
d) Verjährung.	147
II. Vertragsbeendigung: “termination of contract” bzw. “rescission for breach” .	149
1. Begriff.	150
2. Tatbestandsvoraussetzungen	150
a) Substantielle Vertragsverletzung: “failure to perform”.	151
b) Ausdrückliche Beendigungsklausel: “express provision for determination” .	153
c) Verletzung substantieller Vertragsabreden	155
i) Wesentliche Vertragsabreden: “promissory conditions”	157
(1) <i>Begriff</i>	157
(2) <i>Praktische Anwendung</i>	159
(3) <i>Rechtliche Wirkung</i>	161

ii) Garantieerklärungen: “warranties”	161
(1) <i>Begriff</i>	161
(2) <i>Praktische Anwendung</i>	163
(a) “ <i>share deal</i> ”	163
(b) “ <i>asset deal</i> ”	164
(3) <i>Interaktion zwischen “warranties” und “disclosures”</i>	166
(4) <i>Rechtliche Wirkung</i>	169
iii) Innominatabreden: “innominate terms” oder “intermediate terms”	169
iv) Abgrenzung zwischen verschiedenen Klauselarten	171
v) Reduzierung der Trichotomie auf eine Dichotomie	173
vi) Entschädigungsvereinbarungen: “indemnities”	174
d) Verhältnis zu Misrepresentation Act 1967, s 2(2)	176
3. Rechtsfolgen	177
4. Einreden gegen das Recht zur Vertragsbeendigung	179
a) Ausschluss und Begrenzung des Rechts auf Vertragsbeendigung ex ante	179
i) Wirksamkeitsvoraussetzungen	179
ii) Wirkung von Ausschluss oder Begrenzung des Schadensersatzanspruchs	180
b) Verzicht auf das Recht zur Vertragsbeendigung ex post	180
c) Verjährung	182
III. Erfüllung der Primärverpflichtung: “specific performance”	183
4. TEIL: KOMPARATIVE ANALYSE	185
A. Wesentliche Unterschiede	185
I. Terminologie: Eindeutigkeit gegenüber Mehrdeutigkeit	186
1. Deutschland	186

2. England	187
II. Anknüpfungspunkt der zentralen haftungsbegründenden Merkmale.....	189
1. Deutschland	190
2. England	191
III. Offene Tatbestände.....	194
1. Deutschland	194
2. England	195
IV. Offenbarungspflicht	197
1. Deutschland	197
2. England	197
V. Stil: Abstraktion gegenüber Orientierung am Einzelfall.....	198
1. Deutschland	199
2. England	200
B. Ursachen	201
I. Multifaktorielle Interdependenz	201
II. Rechtsgeschichtlicher Hintergrund	203
1. Richterrechtliche Entwicklung statt Kodifikation	204
2. System der “writs”: “focus on remedies instead of rights”	207
3. Zeitpunkt der Entstehung.....	209
III. Pragmatisches Rechtsverständnis.....	210
IV. Juristenausbildung in der Praxis	211
V. Judikative als Motor der Rechtsentwicklung	215
1. Verfassungsrechtliche Legitimation.....	219
a) Gewaltenteilungsprinzip.....	220
b) Einfluss des Rechtsstaatsprinzips.....	222

2. Soziale Legitimation	223
VI. Einfluss der Anwälte auf die Entwicklung des Richterrechts	228
1. Rekrutierung der Richter	229
2. Beibringungsgrundsatz: “adversary procedure”	229
VII. Inkrementelle Normevolution.	232
1. Basis der Rechtsanwendung: ratio decidendi.	233
a) Vergleichbarkeit der wesentlichen Fakten.	235
b) Präzisierung der rechtlichen Tatbestandsmerkmale.	236
c) Bestimmung des intendierten Anwendungsbereichs.	237
2. Zusammenfassung	239
C. Übertragbarkeit der englischen Regeln ins deutsche Recht	239
I. De lege ferenda: Transplantation von Rechtsnormen	240
II. De lege lata: Vertragsregelungen	243
1. Vertragssprache: Englisch oder Deutsch	243
2. Umsetzung bei der Vertragsgestaltung	245
D. Fazit	246
ANHANG A: ENGLISCHE GESETZESTEXTE	I
ANHANG B: ENGLISCHES ENTSCHEIDUNGSREGISTER	XXVII
ANHANG C: CURRICULUM VITAE.	XXXIX

LITERATURVERZEICHNIS

- Abel-Smith, Brian*
Stevens, Robert In Search of Justice: Society and the Legal System, London 1968
- Albery, Michael* Mr. Cyprian Williams' Great Heresy, in: 91 L.Q.R. 1975, 337
- Anders, Monika*
Gehle, Burkhard Das Assessorexamen im Zivilrecht, 6. A., Düsseldorf 1999
- Angermann, Torsten* Zivilrechtliche Probleme beim Unternehmenskauf – unter besonderer Berücksichtigung der Erwerbssituation während der Insolvenz – §§ 459 ff. und 613a BGB, Hamburg 1987
- Anson, William Reynell* (Begr.) Anson's Law of Contract (Hrsg.: Beatson, Jack), 27. A., Oxford 1998
- Atiyah, Patrick Selim* Lawyers and Rules: Some Anglo-American Comparisons, in: 37 Southwestern L.J. 1983, 545
- Atiyah, Patrick Selim* The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 1979
- Atiyah, Patrick Selim*
Treitel, Guenter Heinz Misrepresentation Act 1967, in: 30 M.L.R. 1967, 369
- Baker, David R.*
Jillson, Robert (Hrsg.) Due Diligence, Disclosures and Warranties in the Corporate Acquisitions Practice, 2. A., London 1992
- Barkworth, Helena* Actual knowledge and warranty claims, in: Solicitors' Journal 16.10.1992, 1034
- Bartholomeyczik, Horst* Die Kunst der Gesetzesauslegung. Eine wissenschaftliche Hilfe zur praktischen Rechtsanwendung, 3. A., Frankfurt am Main 1965

- Baur, Fritz* (Begr.)
Sachenrecht (fortgeführt von Baur, Jürgen F.; Stürner, Rolf), 17. A., München 1999
(zitiert: *Baur/Stürner*)
- Baur, Jürgen F.*
Die Gewährleistungshaftung des Unternehmensverkäufers – Ein Beitrag zu den ungeklärten zivilrechtlichen Grundlagen von Konzentrationsvorgängen, in: BB 1979, 381
- Beale, Hugh G.*
Remedies for breach of contract,
London 1980
- Beisel, Wilhelm*
Klumpp, Hans-Hermann
Der Unternehmenskauf: Gesamtdarstellung der zivil- und steuerrechtlichen Vorgänge einschließlich gesellschafts-, arbeits- und kartellrechtlicher Fragen bei der Übertragung eines Unternehmens, 3. A., München 1996
- Bell, John Stephen*
Comparative Law and Legal Theory, in: Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems (Hrsg.: Krawietz, Werner; MacCormick, Neil; von Wright; Georg Henrik), Berlin 1994, 19
- Berens, Wolfgang*
Brauner, Hans U. (Hrsg.)
Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 2. A., Stuttgart 1999
- Beswick, Simon*
Wine, Humphrey
Buying and Selling Private Companies and Businesses, 5. A., London 1996
- Beveridge, Barbara J.*
English Legalese in Non-English Contracts – Introduction, in: 10 I.B.L. 1998, 387
- Binder, Julius*
Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I,
Leipzig 1901
- Birks, Peter*
Rough Justice for Students, in: The Times,
14 September 1993

- Bridge, Michael* Mitigation of Damages in Contract and the Meaning of Avoidable Loss, in: 105 L.Q.R. 1989, 398
- Burrows, Andrew S.* Remedies for Torts and Breach of Contract, 2. A., London 1994
- Bydlinski, Franz* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. A., Wien 1991
- Canaris, Claus-Wilhelm* Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, in: ZGR 1982, 395 (zitiert: Canaris ZGR 1982, 395)
- Canaris, Claus-Wilhelm* Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. A., Berlin 1983
- Capelle, Karl-Hermann* Handelsrecht, 22. A., München 1995
- Canaris, Claus-Wilhelm*
- Cheshire, Geoffrey Chevalier* Law of Contract, 13. A., London 1996
- Fifoot, Cecil Herbert Stuart*
- Furmston, Michael Phillip*
- Chitty, Joseph* Chitty on Contracts, Bd. 1, 28. A., London 1999, (Hrsg.: Beale, Hugh G.)
- Däubler, Wolfgang* Recht für den Bürger?, in: NJW 2000, 2250
- Denning, Alfred (Lord)* From Precedent to Precedent, Oxford 1959
- Devlin, Patrick (Lord)* Judges, Government and Politics, in: 41 M.L.R. 1978, 505
- Devlin, Patrick (Lord)* The Treatment of Breach of Contract, in: [1966] C.L.J. 192
- Dicey, Albert Venn* The Conflict of Laws (Hrsg.: Collins, Lawrence), 12. A., London 1993
- Morris, John Humphrey Carlile*

- Diederichsen, Uwe* Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Verschulden beim Vertragsschluß und Sachmängelgewährleistung, in: BB 1965, 401
- Dietl, Clara-Erika*
Lorenz, Egon Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik mit erläuternden und rechtsvergleichenden Kommentaren, Teil I: Englisch – Deutsch, 6. A., München 2000
- Duden, Konrad* (Begr.) Duden: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in acht Bänden (Hrsg.: Drosdowski, Günther), Bd. 6, 7; 2. A., Mannheim 1995
- Düringer, Adelbert*
Hachenburg, Max
Hoeningner, Viktor Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluss des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. A., Mannheim 1930
- Enneccerus, Ludwig*
Lehmann, Heinrich Recht der Schuldverhältnisse: ein Lehrbuch, 15. A., Tübingen 1958
- Erman, Walter* (Begr.) Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar mit AGBG, EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, HausTWG, ProdHaftG, SachenRBerG, SchuldRAnpG, VerbrKrG (Hrsg.: Westermann, Harm Peter), 10. A., Münster 2000
- Evans, Andrew* Due Diligence: The English Way, in: 6 I.C.C.L.R. 1995, 195
- Evans, Judith*
Perks, Linda Legals Skills and System, London 1997
- Fagan, Neil*
McKendrick, Jane Corporate Warranty Claims – How they should be handled, in: 1/2 P.L.C. 1995, 15
- Fikentscher, Wolfgang* Schuldrecht, 9. A., Berlin 1997

- Flume, Werner* Eigenschaftsirrthum und Kauf,
Darmstadt 1975
- Frankenberg, Günter* Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law, in: 26 Harvard Int.L.J. I 1985, 411
- Friedrichs, Jürgen
Lüdtkke, Hartmut* Teilnehmende Beobachtung: Einführung in die sozialwissenschaftliche Feldforschung, 3. A., Weinheim 1977
- Geertz, Clifford* Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology, London 1993
- Gieseke, Paul* Der Rechtsbegriff des Unternehmens und seine Folgen, in: Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Hrsg.: Wolff, Ernst), Berlin 1950
- Gillespie, Robert
Gore, Stephen* The Evolution of European Mergers and Acquisitions Activity, in: 12 I.C.C.L.R. 1997, 417
- Glatzová, Vladimíra* When is a Warranty Not a Warranty?, in: 11 I.B.L. 1998, 453
- Gmür, Rudolf* Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bern 1965
- Goldberg, G. D.* Is Frustration Invariably Automatic?, in: 88 L.Q.R. 1972, 464
- Goodhart, Arthur Lehman* The Foundation of Tortious Liability, in: 2 M.L.R. 1938/1939, 1
- Gordon, Robert W.* Critical Legal Histories, in: 36 Stanford L.Rev. 1984, 57

- Griffith, John Aneurin Grey* The Politics of the Judiciary, 5. A., London 1997
- Grunewald, Barbara* Bericht über die Diskussion im Anschluss an Hiddemann ZGR 1982, 435, in: ZGR 1982, 452
- Grunewald, Barbara* Die Grenzziehung zwischen der Rechts- und Sachmängelhaftung beim Kauf, Bonn 1980
- Grunewald, Barbara* Unerwartete Verbindlichkeiten beim Unternehmenskauf, in: ZGR 1981, 622
- Hamson, Charles John* (Hrsg.) Law reform and law making: a reprint of a broadcast talks (British Broadcasting Corporation, Third Programme), Cambridge 1953; zitierter Redner zu dem Thema "The Reform of Equity": Denning, Alfred (Lord)
- Hantusch, Robert* Collateral Promises – When are they binding?, in: 11 C.L. 1996, 57
- Harris, Donald* Remedies in Contract and Tort, London 1988
- Hashemi, Amir*
Pattinson, Michael Disclosure letters as important as warranties, in: 13 C.L. 1997, 83
- Hattenhauer, Hans* (Hrsg.) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794; Textausgabe mit einer Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günther Bernert, Nachdruck Frankfurt am Main 1970
- Heck, Philipp* Grundriß des Schuldrechts, 3. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1929, Aalen 1994
- Heshon, Denis* Acquisitions and Group Structures, Bristol 1997

- Hiddemann, Hans-Joachim* Leistungsstörung beim Unternehmenskauf aus der Sicht der Rechtsprechung, in: ZGR 1982, 435
- Hirsch, Ernst E.* Rechtssoziologie für Juristen: eine Aufsatzsammlung, Berlin 1984
- Hoffman, Eva* Lost in Translation: a life in a new language, London 1991 (gedruckt 1994)
- Hölters, Wolfgang* (Hrsg.) Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs: Grundfragen, Bewertung, Finanzierung, 4. A., Köln 1996
- Holzapfel, Hans-Joachim*
Pöllath, Reinhard Unternehmenskauf in Recht und Praxis – Rechtliche und steuerliche Aspekte, 9. A., Köln 2000
- Hommelhoff, Peter* Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf durch Anteilerwerb, in: ZHR 140 (1976), 271
- Hommelhoff, Peter* Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf, Köln 1975
- Hommelhoff, Peter* Zur Abgrenzung von Unternehmenskauf und Anteilerwerb, in: ZGR 1982, 366
- Huber, Ulrich* Mängelhaftung beim Kauf von Gesellschaftsanteilen, in: ZGR 1972, 395
- Hubmann, Heinrich* Das Recht am Unternehmen, in: ZHR 117 (1955), 41
- Hudson, Anthony Hugh* Making Misrepresentations, in: 85 L.Q.R. 1969, 524
- Hüffer, Uwe* Aktiengesetz, 4. A., München 1999
- Hyland, Richard* Comparative Law, in: A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory (Hrsg.: Patterson, Dennis), Oxford 1996, 184

- Immenga, Ulrich* Fehler oder zugesicherte Eigenschaft?, in: AcP 171 (1971), 1
- Jackson, Richard Meredith
Spencer, J. R.* Jackson's Machinery of Justice, 8. A., Cambridge 1989
- Jarass, Hans Dieter
Pieroth, Bodo* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 5. A., München 2000
- Jolowicz, John Anthony* On Civil Procedure, Cambridge 2000
- Kahn-Freund, Otto* Comparative Law as an Academic Subject, in: 82 L.Q. R. 1966, 40
- Kahn-Freund, Otto* On Uses and Misuses of Comparative Law, in 37 M.L.R. 1974, 1
- Kantenwein, Thomas* Die Sachmängelgewährleistung beim Unternehmenskauf – eine wirtschaftsrechtliche Untersuchung, München 1988
- Kaplan, Phillip R.* A Critique of the Penalty Limitation of Liquidated Damages, in: 50 Southern California L.Rev. 1976/77, 1055
- Kessel, Christian* Grundlagen vertraglicher Gewährleistungsgestaltungen beim Erwerb von „shares“ in England, in: RIW 1997, 285
- Knight, William John Langford* The Acquisition of Private Companies and Business Assets, 7. A., London 1997
- Knöpfle, Robert* Mangelnde Baugenehmigung als Fehler – BGH, NJW 1987, 2511, in: JuS 1988, 767
- Knöpfle, Robert* Zum Inhalt des Fehlers und der Zusicherung i. S. des § 459 I, II BGB, in: NJW 1987, 801

- Koller, Ingo* Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen : eine Untersuchung zur Rechtsfortbildung auf dem Gebiet der materiellen Leistungerschwerung, Zweckstörung sowie Schadensersatzhaftung bei Sach- und Dienstleistungen, München 1979
- Korth, H.-Michael* Kauf und Verkauf von Unternehmen und Beteiligungen: Unternehmensbewertung, *Rainer, Thomas* Kaufvertrag, Steuerinteressen, Steuermodelle, *Mack, Alexandra* Steuerklauseln, MBO, Arbeitsrecht, *Schwedhelm, Rolf* Haftung, Bonn 1993 (zitiert: *Korth*)
- Streck, Michael*
- Larenz, Karl* Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2 Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. A., München 1986 (zitiert: *Larenz Schuldrecht BT II/1*)
- Larenz, Karl* Methodenlehre der Rechtswissenschaft: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, 6. A., Berlin 1991 und 4. A., Berlin 1979 (zitiert: *Larenz Methodenlehre*)
- Legrand, Pierre* Legal Traditions in Western Europe: The Limits of Commonality, in: Transfrontier Mobility of Law (Hrsg.: Jagtenberg, R.; Öricü, E.; de Roo, A. J.), London 1995, 63 (zitiert: *Legrand*, Transfrontier Mobility)
- Legrand, Pierre* The Impossibility of 'Legal Transplants', in: 4 Maastricht J.E.& C.L. 1997, 111
- Lieb, Manfred* Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag (Hrsg.: Lange, Herrmann), Tübingen 1993, 259 (zitiert: *Lieb* FS Gernhuber)

- Liebs, Rüdiger* Der Unternehmenskauf: Praktikerhinweise und -empfehlungen für Unternehmenskäufer und -verkäufer sowie ihre Berater, Köln 1996
- Loges, Rainer* Der Einfluß der „Due Diligence“ auf die Rechtsstellung des Käufers eines Unternehmens, in: DB 1997, 965
- Loos, Gerold* Die Haftung für Rechts- und Sachmängel des Unternehmens beim Verkauf von Aktien oder GmbH-Anteilen, in: NJW 1962, 519
- Lücke, H. K.* The Common Law: Judicial Impartiality and Judge-Made Law, in: 98 L.Q.R. 1982, 29
- Macpherson, Crawford Brough* Die politische Theorie des Besitzindividualismus, Frankfurt am Main 1967
- Maine, Henry J. Sumner* Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas, 10. A., London 1905
- Maitland, Frederic William* Forms of Action at Common Law: A Course of Lectures, Cambridge 1936 (zitiert: *Maitland*, Forms of Action)
- Maitland, Frederic William* The Collected Papers of Frederic William Maitland, London 1911, Bd. 3 (zitiert: *Maitland*, Collected Papers, Bd. 3)
- Mancini, Giuseppe Federico* Politics and the Judges – The European Perspective, in: 43 M.L.R. 1980, 1
- Markesinis, Basil S.* Cause and Consideration: A Study in Parallel, in: [1978] C.L.J. 53
- Martin, Elizabeth A.* Oxford Dictionary of Law, 3. A., Oxford 1994

- Marutschke, Hans Peter* Probleme der Konkurrenz von Sachmängelgewährleistung und culpa in contrahendo beim Kauf, in: JuS 1999, 729
- McGarvie* (ohne Angabe des Vornamens) Contractual Concepts of the Credit Bills, in: 53 Australian L.J. 1979, 687
- McGregor, Harvey* McGregor on Damages, 16. A., London 1997
- Melville, L. W.* The Core of a Contract, in: 19 M.L.R. 1956, 26
- Merkt, Hanno* Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: BB 1995, 1041
- Merkt, Hanno* Internationaler Unternehmenskauf, Köln 1997
- Merkt, Hanno* Rechtliche Bedeutung der „due diligence“ beim Unternehmenskauf, in: WiB 1996, 145
- Metzger, Peter* Schweizerisches juristisches Wörterbuch einschliesslich Versicherungsrecht mit Synonymen und Antonymen, Bern 1996
- Milner, Alan* Liquidated Damages: An Empirical Study in the Travel Industry, in: 42 M.L.R. 1979, 508
- Milsom, Stroud Francis Charles* Historical Foundations of the Common Law, 2. A., London 1981
- Mittelbach, Rolf* Geschäfts- und Praxisübertragungen: Veräußerung und Verpachtung von Gewerbebetrieben und freiberuflichen Praxen im Zivil- und Steuerrecht, Ludwigshafen (Rhein) 1969

- Montesquieu, Charles-Louis Sec-
ondat*
(*Baron de la Brède et de Mon-
tesquieu*)
- De l'esprit des loix, Ou, Du rapport que les loix doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce, &c: à quoi l'Auteur a ajouté Des recherches nouvelles sur les Loix Romaines touchant les successions, sur les Loix Françaises, & sur les Loix Féodales, Bd. 1, Bordeaux 1998 (Faksimile-Neudruck der Erstausgabe Genf 1748)
- Mössle, Klaus*
- Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf – neue Tendenzen, in: BB 1983, 2146
- Müller, Gerd*
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 2.6.1980, in: BB 1980, 1392 (zitiert: *G. Müller* BB 1980, 1392)
- Müller, Gerd*
- Der Garantievertrag im Kaufrecht, in: ZIP 1981, 707 (zitiert: *G. Müller* ZIP 1981, 707)
- Müller, Gerd*
- Kaufrechtliche Sachmängelhaftung oder culpa in contrahendo?, in: ZIP 1993, 1045 (zitiert: *G. Müller* ZIP 1993, 1045)
- Müller, Gerd*
- Umsätze und Erträge – Eigenschaften der Kaufsache? – Eine kritische Analyse der Rechtsprechung; in: ZHR 147 (1983), 501 (zitiert: *G. Müller* ZHR 147 (1983), 501)
- Müller, Gerhard*
- Haftung und Lossagungsrecht des Verkäufers von GmbH-Anteilen bei einseitiger oder gemeinsamer Fehleinschätzung der Unternehmenslage – Zugleich ein Beitrag zur Haftungsproblematik beim Verkauf eines Handels- oder Industriebetriebes, Bonn 1980 (zitiert: *Gerb. Müller*)
- Müller, Klaus*
- Schuldrecht – Besonderer Teil, Heidelberg 1990 (zitiert: *Kl. Müller*)

- Münchener Kommentar zum BGB
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. A., München 1995 (zitiert: MüKo/BGB)
- Münchener Kommentar zum HGB
Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, München 1996 (zitiert: MüKo/HGB)
- Münchener Vertragshandbuch
Münchener Vertragshandbuch, Bd. 2, Handels- und Wirtschaftsrecht (Hrsg.: Schütze, Rolf A.; Weipert, Lutz), 4. A., München 1997
- Neumann-Duesberg, Horst*
Gewährleistung für Unternehmensmängel bei Verkauf von Gesellschaftsanteilen, in: WM 1968, 494
- O'Higgins, Paul*
Partington, Martin
Industrial Conflict: Judicial Attitudes, in: 32 M.L.R. 1969, 53
- Oppikofer, Hans*
Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen 1927
- O'Sullivan, Janet*
Terminological traps for contract students, in: 30 S.L.R. 2000, 21
- Palandt, Otto* (Begr.)
Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsge-
setz (Auszug), Gesetz zur Regelung des
Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingun-
gen, Verbraucherkreditgesetz, Gesetz über
den Widerruf von Haustürgeschäften und
ähnlichen Geschäften, Gesetz über die Ver-
äußerung von Teilnutzungsrechten an
Wohngebäuden (Teilzeit-Wohnrechtegesetz
– TzWrG), Gesetz zur Regelung der Miet-
höhe (Art. 3 des 2. WKSchG), Produkthaft-
tungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung,
Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverord-
nung, 59. A., München 2000

- Palmer, N. E.* Limiting Liability for Negligence, in: 45 M.L.R. 1982, 327
- Pawlowski, Hans-Martin* Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes; ein Lehrbuch, 3. A., Heidelberg 1999
- Picot, Gerhard* (Hrsg.) Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2. A., München 1998
- Pollock, Frederick* The law of torts: a treatise on the principles of obligations arising from civil wrongs in the common law; to which is added the draft of a code of civil wrongs prepared for the Government of India, 12. A., London 1923
- Pound, Roscoe* Philosophy of Law and Comparative Law, in: 100 University of Pennsylvania L.Rev. 1951, 1
- Pound, Roscoe* The Development of American Law and its Deviation from English Law, in: 67 L.Q.R. 1951, 49
- Pound, Roscoe* The Spirit of the Common Law, Boston 1921
- Pröls, Jürgen* Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Unternehmensmängel, in: ZIP 1981, 337
- Rabel, Ernst* Das Recht des Warenkaufs: Eine rechtsvergleichende Darstellung, Bd. 1, Berlin 1964
- Radcliffe, Cyril John* (Viscount) Not in Feather Beds, London 1968
- Ragotzky, Serge*
Häcker, Joachim Reduzierung der Informationsrisiken beim Unternehmenskauf, in: M & A Review 1999, 421

- Rheinstein, Max* Comparative Law and Conflict of Laws in Germany, in: 2 University of Chicago L.Rev. 1934/35, 232
- Rittner, Fritz* Die Unternehmung in rechtlicher Sicht, in: Staatslexikon (Hrsg.: Görres-Gesellschaft), Bd. 7, Freiburg 1962 (zitiert: *Rittner* Staatslexikon)
- Robertson, David* Judicial Discretion in the House of Lords, Oxford 1998
- Roschmann, Christian* Haftungsklauseln in Unternehmenskaufverträgen, in: ZIP 1998, 1941
- Rose, Francis D. (Hrsg.)* Blackstone's Statutes on Contract, Tort & Restitution 1999–2000, 10. A., London 1999
- Rudden, Bernhard* Torticles, in: 6/7 Tulane Civil Law Forum 1991/1992, 105
- Salmond, John William* The law of torts: a treatise on the English law of liability for civil injuries, 6. A., London 1924
- Scarman, Leslie (Lord)* The English Judge, in: 30 M.L.R. 1967, 1
- Schaumburg, Heide* Haftung des Verkäufers für fahrlässige Falschangaben bei Kaufabschluß? – Zum „inneren“ System der §§ 459 ff. BGB, in: MDR 1975, 105
- Schmidt, Karsten* Handelsrecht, 4. A., Köln 1994
- Schumann, Jochen* Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 6. A., Berlin 1992
- Schwarz, Andreas Bertalan* Das schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung, Zürich 1950

- Schwerdtfeger, Armin*
Kreuzer, Philipp A. Unternehmenskauf und „Due Diligence“ – Anspruch des vorkaufsberechtigten Erwerbers?, in: BB 1998, 1801
- Schwind, Hans-Dieter* Kriminologie: eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 9. A., Heidelberg 1998
- Sealy, Leonard (Len) Sedgwick* Reasonableness – Contractual Terms and Non-Contractual Notices, in: [1988] C.L.J. 6
- Sealy, Leonard (Len) Sedgwick*
Hooley, Richard J. A. Commercial Law – Text, Cases and Materials, London 1999
- Senior, Gary*
Szpojnarowicz, Chris Disclosure Letters – The True Picture?, in: 11 P.L.C. 1995, 31
- Serick, Rolf* Rechtsform und Realität juristischer Personen: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person, 2. A., Tübingen 1980
- Shetreet, Shimon* Judges on Trial - A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary, Amsterdam 1976
- Simon, Herman Veit* Über die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die vor Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden, in: ZHR 24 (1879), 91
- Simpson, Mark* Valuers liable in the bracket?, in: Solicitors' Journal 14.10.1997, 135
- Sinclair, Neil* Warranties and Indemnities on Share and Asset Sales, 4. A., London 1996
- Soergel, Hans Theodor* (Begr.) Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. A., Stuttgart 1990

- Staub, Hermann* (Begr.) *Handelsgesetzbuch Großkommentar, Bd. I*
 (§§ 1 – 104), 4. A., Berlin 1995; *Bd. IV*
 (§§ 373 – 382), 3. A., Berlin 1970
- Staudinger, Julius von* (Begr.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürger-*
lichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen, 13. A., Berlin 1995
- Stengel, Arndt*
Scholderer, Frank *Aufklärungspflichten beim Beteiligungs-*
und Unternehmenskauf, in: NJW 1994, 158
- Stimpson, Maria* *The pensions aspects of sales and acquisi-*
tions, in: 2 I.H.L. 1996, 25
- Stoll, Hans* *Tatbestände und Funktionen der Haftung*
für culpa in contrahendo, in: Festschrift für
Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, 435
(zitiert: Stoll FS von Caemmerer, 435)
- Thornely, J. W. A.* *Seller's Liability for Partial Failure of Crop to*
Be Grown on Specified Land, in: [1973]
C.L.J. 15
- Treitel, Guenter Heinz* *The Law of Contract, 10. A., London 1999*
- Triebel, Volker* *Anglo-amerikanischer Einfluß auf Unterneh-*
menskaufverträge in Deutschland – eine
Gefahr für die Rechtsklarheit?, in:
RIW 1998, 1
- van Caenegem, Raoul Charles* *The Birth of the English Common Law,*
2. A., Cambridge 1988
- Vollans, Tim* *You Sitting Comfortably?, in: 11*
B.L.R. 1996, 232
- Vorpeil, Klaus* *Stumbling into wisdom – oder: Rechtsun-*
sicherheit durch Übersetzungen, in:
RIW 2000, 1

- Watson, Alan* Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, 2. A., London 1993
- Weber, Max* Agrarverhältnisse im Altertum, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften (Hrsg.: Conrad, Johannes; Elster, L.; Lexis, W.; Loening, Edg.), Bd. 1, 3. A., Jena 1909 (zitiert: *Weber* Handwörterbuch)
- Wedderburn, Kenneth William* Collateral Contracts, in: [1959] C.L.J. 58
- Wessing, Kurt* Vertragsklauseln beim Unternehmenskauf, in: ZGR 1982, 455
- Westermann, Harm Peter* Neuere Entwicklungen der Verkäuferhaftung beim Kauf von Unternehmensbeteiligungen, in: ZGR 1982, 45
- Wiedemann, Herbert* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.11.1975 – VIII ZR 142/72, in: JZ 1977, 132
- Wiedemann, Herbert* Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, München 1955, Bd. I, 815 (zitiert: *Wiedemann* FS Nipperdey, Bd. I, 815)
- Wilhelm, Jan* Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, Köln 1981
- Willemsen, Heinz Josef* Bericht über die Diskussion im Anschluss an Hommelhoff ZGR 1982, 366, in: ZGR 1982, 391
- Willemsen, Heinz Josef* Zum Verhältnis von Sachmängelhaftung und culpa in contrahendo beim Unternehmenskauf, in: AcP 182 (1982), 515
- Winfield, Percy Henry* The Foundation of Liability in Tort, in: 27 Columbia L.Rev. 1927, 1

- Winfield, Percy Henry*
Jolowicz, John Anthony Winfield and Jolowicz on Tort, 15. A.,
London 1998
- Yates, David* Exclusion Clauses in Contracts, 2. A.,
London 1982
- Zander, Michael* Promoting Change in the Legal System, in:
42 M.L.R. 1979, 489
- Zander, Michael* The Law-Making Process, 5. A.,
London 1999
- Zimmer, Daniel* Der Anwendungsbereich des Sachmängel-
Gewährleistungsrechts beim Unternehmen-
skauf – Plädoyer für eine Neubestimmung,
in: NJW 1997, 2345
- Zweigert, Konrad*
Kötz, Hein An Introduction to Comparative Law, 3. A.,
Oxford 1998 (bearbeitet und ins Englische
übersetzt von Weir, Tony)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

BB	Betriebsberater
DB	Der Betrieb
A.	Auflage
A.C.	Appeal Cases
A/S	Aktieselskapet
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
All E.R.	All England Reports
App.Cas.	Appeal Cases
B. & Ad.	Barnewall & Adolphus' King's Bench Reports
B. & S.	Best & Smith's Queen's Bench Reports
B.C.L.C.	Butterworths Company Law Cases
B.L.R.	Business Law Review
Bd.	Band
Begr.	Begründer
BGH	Bundesgerichtshof
Bing.	Bingham's Common Pleas Reports
Bing.N.C.	Bingham, New Cases, English Common Pleas
Build.L.R.	Building Law Reports
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
C.B. (N.S.)	Common Bench Reports by Manning, Granger & Scott, New Series
C.L.	Commercial Lawyer
C.L.C.	Current Law Consolidation
C.L.J.	Cambridge Law Journal
C.L.Y.	Current Law Year Book
Ch.	Law Reports, Chancery

Cl. & F.	Clark & Finnelly's House of Lords Cases
Co	Company
Com.Cas.	Commercial Cases
Corp'n	Corporation
Cox C.C.	Cox's County Court Cases
Cro.Jac.	Croke's King's Bench Reports <i>tempore</i> James I
d. h.	das heißt
D.C.	District Commissioner
D.M. & G.	De Gex, Macnaghten & Gordon's Chancery Reports
Dougl.	Douglas' King's Bench Reports
E.B. & E.	Ellis, Blackburn & Ellis' Queen's Bench Reports
E.G.	Estates Gazette
E.G.L.R.	Estates Gazette Law Reports
Eng. Rep.	English Reports Full Reprint
Eq.	Equity Cases
Esp.	Espinasse's Nisi Prius Reports
Ets.	Entreprise
Exch.	Law Reports, Exchequer
f.	folgende(r)
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
H.L.	House of Lords
H.L.C.	Clark's House of Lords Cases
H.L.R.	Harvard Law Review
Hrsg.	Herausgeber
I.B.L.	International Business Lawyer
I.C.C.L.R.	International Company and Commercial Law Review

I.C.R.	Industrial Cases Reports
I.H.L.	In-House Lawyer
I.J.V.	International Joint Ventures
I.R.	Irish Reports
i.V.m.	in Verbindung mit
Inc	Incorporated
Int.L.J.	International Law Journal
J	Justice
J.E.& C.L.	Journal of European and Comparative Law
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K.B.	King's Bench; Law Reports King's Bench
KK	Kabushiki kaisha
L.C.	Lord Chancellor
L.J.	Law Journal
L.J.Ch.	Law Journal Reports, Chancery, New Series
L.Q.R.	Law Quarterly Review
L.R. P.C.	Law Reports Privy Council
L.R. Sc. & Div.	Law Reports, Scotch & Divorce Appeals
L.R.H.L.	Law Reports, English & Irish Appeals
L.Rev.	Law Review
L.S.G.	Law Society's Gazette
L.T.	Law Times Reports
lat.	lateinisch
Ld	Limited
LJ	Lord Justice
Ll.L.R.	Lloyd's List Law Reports 1919–1950
Lloyd's Rep.	Lloyd's List Law Reports 1951–
Lofft.	Lofft's King's Bench Reports
Ltd	Limited
M & A	Mergers and Acquisitions

M. & W.	Meeson & Welsby's Exchequer Reports
M.L.R.	Modern Law Review
M.R.	Master of the Rolls
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Man. & G.	Manning & Granger's Common Pleas Reports
N.S.W.R.	New South Wales Reports
N.Z.L.R.	New Zealand Law Reports
New L.J.	New Law Journal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
P.	Law Reports, Probate, Divorce & Admiralty Division 1891–
P.D.	Law Reports, Probate, Divorce and Admiralty Division 1875–1890
P.L.C.	Practical Law for Companies
plc	public limited company
Pty	Proprietary
PVBA	Personen Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench
Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division
R.	Regina
RG	Reichsgericht
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
s	section
S.	Seite
S.L.R.	Student Law Review
SA	Société Anonyme
SpA	Società per Azioni
ss	sections
T.L.R.	Times Law Reports 1884–1952
T.R.	Durnford & East's Term Reports

Times L.Rep.	Times Law Reports
v	versus
Ves.	Vesey Junior's Chancery Reports
W.L.R.	Weekly Law Reports
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WM	Wertpapiermitteilungen
Wms.Saund.	William's Notes to Saunder's Reports
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

1. TEIL: EINLEITUNG

In Deutschland ist das Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf schon seit den Zeiten des Reichsgerichts als ein „Problemkind der Rechtswissenschaft“¹ bekannt. Nach deutschem Recht geschlossene Unternehmenskaufverträge enthalten daher üblicherweise detaillierte Haftungsregelungen, die schon seit langem erkannte Regelungsdefizite des objektiven Rechts ausgleichen sollen.

In England hängt die Gewährleistungshaftung des Unternehmensverkäufers von vornherein davon ab, welche vertraglichen Vereinbarungen die Parteien treffen. Die Normen des objektiven Rechts gehen von der Prämisse aus, dass das Gewährleistungsregime beim Kauf stets einzelvertraglich geregelt wird. Gewährleistungsklauseln spielen daher bei der Vertragsgestaltung eine prägnante Rolle; sie werden oft über viele Seiten hinweg ausformuliert.

Betrachtet man die Rolle, die Vertragsabreden im Verhältnis zu Gesetzen und Richterrecht in der deutschen und englischen Praxis spielen, wird deutlich, dass privat-autonome Vereinbarungen das Gewährleistungsregime beim Unternehmenskauf dominieren. In beiden Ländern führt die Vertragsgestaltung zu wirtschaftlich sehr ähnlichen, oft identischen Ergebnissen. Die zu diesem Zweck verwendeten Klauseln sind jedoch in rechtstechnischer Sicht teilweise sehr unterschiedlich. Zum Beispiel entsprechen die „representations and warranties“ in englischen Verträgen hinsichtlich ihrer Funktionsweise nicht ohne weiteres den aus dem deutschen Recht bekannten Zusicherungen und Garantien. Das ist darauf zurückzuführen, dass konkrete Vertragsabreden eine Reaktion auf individuelle Besonderheiten des objektiven Rechts in dem jeweiligen Land darstellen.

Genaueres Verständnis der konkreten Vertragsklauseln setzt voraus, dass der Betrachter zunächst die ihnen zugrunde liegenden Regeln des objektiven Rechts versteht. Ein deutscher Jurist kann daher Unterschiede zwischen englischen und deutschen Gewährleistungsklauseln nur vollständig begreifen, wenn er hinreichend mit den Gewährleistungsregeln des objektiven englischen Rechts vertraut ist. Das zentrale Anliegen dieser Arbeit besteht darin, durch eine rechtsvergleichende Analyse das dafür erforderliche Hintergrundwissen zu schaffen.

1. Vgl. nur RGZ 59, 240; 86, 140; 98, 289; 117, 315; 122, 378; 138, 358; 150, 397.

Als Hinführung auf die drei Hauptteile der Arbeit werden im folgenden zunächst der wirtschaftliche Hintergrund, der englische Einfluss auf die Entwicklung in Deutschland, die abstrakte Gewährleistungsproblematik beim Unternehmenskauf und die methodischen Grundlagen der Rechtsvergleichung kurz erläutert.

A. Wirtschaftlicher Hintergrund

Seit dem Ende der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts ist der Markt für Unternehmenskäufe stark expandiert. Die verstärkte Nachfrage ausländischer Käufer nach deutschen Unternehmen wird unter anderem darauf zurückgeführt, dass die Öffnung des europäischen Binnenmarktes 1993 eine unternehmerische Internationalisierung erstrebenswert machte.²

Im gemeinsamen europäischen Wirtschaftsraum wurden 1999 etwa 720 Milliarden Dollar mit grenzüberschreitenden Unternehmensübernahmen umgesetzt.³ Im gleichen Jahr wurden deutsche Unternehmen für fast 42 Milliarden Dollar ins Ausland verkauft; umgekehrt erwarben deutsche Investoren für knapp 85 Milliarden Dollar Unternehmen im Ausland.⁴ In Großbritannien war das Volumen sogenannter "cross-border transactions" noch größer. 1999 wurden englische Unternehmen im Wert von 125 Milliarden Dollar ins Ausland verkauft; britische Käufer erwarben für etwa 210 Milliarden Dollar ausländische Unternehmen.⁵

Im direkten Austausch zwischen Großbritannien und Deutschland ist eine starke Übernahmeaktivität festzustellen. 1999 registrierte ein M & A-Informationsdienst 48 öffentlich bekannt gewordene Übernahmen deutscher Unternehmen durch britische Käufer; der durchschnittliche⁶ Kaufpreis lag bei über 130 Millionen DM.⁷

2. *Beisell/Klumpp* S. 3.

3. UNCTAD World Investment Report 2000 Overview S. 15; Quelle: <http://www.unctad.org/en/pub/ps4wir00fs.en.htm> (Stand: Oktober 2000).

4. UNCTAD World Investment Report 2000; Country Fact Sheet Germany; Quelle: <http://www.unctad.org/en/pub/ps4wir00fs.en.htm> (Stand: Oktober 2000).

5. UNCTAD World Investment Report 2000; Country Fact Sheet United Kingdom; Quelle: <http://www.unctad.org/en/pub/ps4wir00fs.en.htm> (Stand: Oktober 2000).

6. Mittelwert aus 32 Transaktionen, bei denen der Kaufpreis bekannt gegeben wurde.

7. Quelle: <http://www.zephus.com/> (Stand: Oktober 2000).

Der professionelle Erwerb von Unternehmen hat sich in England schneller und in größerem Maße als in Deutschland zu einem eigenen Wirtschaftszweig entwickelt. Das finanzielle Volumen der Unternehmensübernahmen in England stieg von knapp über 20 Milliarden Pfund in 1991 auf über 70 Milliarden Pfund in 1996. Damit betrug das Transaktionsvolumen in England 1991 grob das Vierfache des deutschen Volumens, fünf Jahre später sogar das Fünffache.⁸

B. Englischer Einfluss auf die Entwicklung in Deutschland

Großbritannien übt ebenso wie die USA eine Vorbildfunktion für den Markt für Unternehmensübernahmen in Deutschland aus. Ein erstes Indiz dafür ist, dass sich die Bezeichnung dieses Tätigkeitsfeldes als "Mergers and Acquisitions" oder kurz "M & A" auch in der deutschen Fachsprache durchgesetzt hat.⁹

I. Deutsch-englische Vertragsgestaltung beim Unternehmenskauf

Mit der zunehmenden Bedeutung grenzüberschreitender Unternehmensübernahmen zwischen England und Deutschland wächst der Einfluss angelsächsischer Investoren und ihrer Berater auf die Art und Weise der Vertragsgestaltung.

Das hängt zum einen damit zusammen, dass die in dieser Sparte weltweit prominentesten und erfahrensten Akteure aus dem angloamerikanischen Raum stammen.¹⁰ Bei ihrer Tätigkeit greifen sie in aller Regel auf das in ihrer jeweiligen heimatlichen Rechtsordnung erworbene Fachwissen zurück, insbesondere auf die vor diesem rechtsordnungsspezifischen Hintergrund entwickelten Instrumente der Vertragsgestaltung. Schon dem ersten, rein äußerlichen Eindruck nach ist dies leicht an dem aus Sicht des deutschen Juristen außergewöhnlichen Umfang und Detailreichtum solcher nach englischem oder amerikanischem Standard gestalteter Verträge zu erkennen.¹¹

8. *Gillespie/Gore* 12 I.C.C.L.R. 1997, 417, 418.

9. *Triebel* RIW 1998, 1, 3. Das zeigt sich beispielsweise daran, dass eine deutsche Fachzeitschrift für Fragen des Unternehmenskaufs unter dem Namen „M & A Review“ herausgegeben wird.

10. Von den zehn Investmentbanken, die die Rangliste der M & A-Berater anführen, haben acht englische oder amerikanische Wurzeln; Quelle: <http://www.zephus.com/> (Stand: Oktober 2000).

11. *Glatzová* 11 I.B.L. 1998, 453, 454.

Zum anderen lässt sich die zunehmende Verbreitung angelsächsischer Vertragsgestaltung darauf zurückführen, dass es den Parteien einer unternehmensübertragenden Transaktion häufig ein Bedürfnis ist, allein aus dem Vertragswerk möglichst umfassend den genauen Umfang und Inhalt des Rechtsgeschäfts ersehen zu können. Entscheidungsträger ohne fundierte juristische Kenntnis sind dazu nur in der Lage, wenn auch kleinste Einzelheiten ausdrücklich vertraglich festgehalten werden. Diese Art der Gestaltung entspricht exakt der traditionellen kautelarjuristischen Vorgehensweise in England.¹² In zunehmendem Maße finden deshalb Regelungen Eingang in Verträge, die im Anwendungsbereich des deutschen Rechts wegen der Auffangfunktion dispositiver Normen keiner ausdrücklichen Erwähnung bedürften. In der Folge werden die Vertragswerke immer detaillierter und dadurch voluminöser.

Der angelsächsische Einfluss auf die Vertragsgestaltung bei Unternehmenskäufen geht über diese redaktionellen Aspekte weit hinaus. Dem "common law" entstammende Fachtermini werden teils sprachlich übersetzt, teils sogar unmittelbar in Verträge übernommen, die der Anwendung deutschen Rechts unterliegen.¹³

Ein dritter Grund für die zunehmende Bedeutung des "common law" für die Praxis des Unternehmenskaufs in Deutschland liegt darin, dass grenzüberschreitende Transaktionen einen immer größeren Anteil am Gesamtaufkommen der Unternehmensveräußerungen ausmachen.¹⁴ Dies hat verschiedene Ursachen: Die deutsche Unternehmenslandschaft entwickelt sich stetig von einem sogenannten „insider-orientierten System“, bestehend aus großenteils fremdfinanzierten Unternehmen mit einer relativ geringen Zahl von Anteilseignern, zu einem „outsider-orientierten System“,¹⁵ in dem Unternehmen sich vorrangig am Kapitalmarkt durch Eigenkapital finanzieren und der Anteilsbesitz weit verstreut auf eine Vielzahl von Anlegern

12. *Triebel* RIW 1998, 1, 5.

13. *Glatzová* 11 I.B.L. 1998, 453, 454.

14. Schon 1991 betrug der Anteil der sogenannten "cross-border transactions" am Gesamtaufkommen der Unternehmenskäufe in Deutschland 50 %. Diese Quote stieg bis 1996 auf über 70 %. Diese Werte weisen einen deutlich höheren ausländischen Einfluss auf den Wirtschaftszweig des Unternehmenserwerbs aus, als sie in England anzutreffen ist: Dort betrug der entsprechende Wert im Jahr 1991 nur etwa 35 %, fünf Jahre später sogar nur noch knapp 30 %; vgl. *Gillespie/Gore* 12 I.C.C.L.R. 1997, 417, 418. Einer der möglichen Gründe für diese gegenläufige Entwicklung kann darin gesehen werden, dass ein wesentlicher Teil des zu investierenden Kapitals aus England nach Deutschland geflossen ist, wo sich für Investoren gerade zu Beginn der 90er Jahre aufgrund einer Welle von Generationswechseln Übernahmechancen boten.

15. Im englischen Sprachgebrauch ist dies synonym zu "arm's length system".

verteilt ist.¹⁶ Dieser Faktor wird verstärkt durch Trends der Globalisierung, Flexibilisierung der Kapitalmärkte im Hinblick auf große Investments¹⁷ und Technologisierung von Unternehmen, die grenzüberschreitende unternehmerische Tätigkeit wirtschaftlich attraktiv machen. Weiter unterstützen die andauernden Privatisierungsbestrebungen das Wachstum des Marktes für Unternehmensübernahmen. Dass dies in verstärktem Maße auch ausländische Investoren anlockt, belegt die aktuelle Entwicklung in den Bereichen Telekommunikation und Energiewirtschaft.

II. Begrifflichkeit

Bei grenzüberschreitenden Unternehmenskäufen werden außer den Gewährleistungsnormen des deutschen Rechts häufig die ihnen in funktioneller Hinsicht entsprechenden Regeln aus dem Rechtskreis des "common law" relevant. Die Begriffe "common law" und „Unternehmenskauf“ bedürfen einer kurzen Erläuterung.

1. "common law"

Der Begriff "common law" weist verschiedene Inhalte auf, die sich auf unterschiedliche Abstraktionsebenen beziehen.

In seiner allgemeinsten Bedeutung beschreibt er sämtliche primär auf richterlichen Entscheidungen basierenden¹⁸ Rechtssysteme in Abgrenzung zu Systemen des "civil law", die vorrangig durch Gesetzesrecht geprägt sind. Durch das ursprünglich englische "common law" geprägte Rechtsordnungen finden sich außer in den Vereinigten Staaten von Amerika vor allem in den Nationen des britischen Commonwealth, unter anderem Australien, Indien, Kanada, Neuseeland und in vielen afrikanischen Staaten. Die Praxis des Unternehmenskaufs in Deutschland wird stark von England und den Vereinigten Staaten beeinflusst; von den anderen Rechtsordnungen der Familie des "common law"-Rechtskreises gehen keine nennenswerten Impulse aus. Auf einen Vergleich mit dem Recht der Staaten der USA

16. Zu aktuellen Daten und Entwicklungen vgl. *Gillespie/Gore* 12 I.C.C.L.R. 1997, 417, 418: Die Marktkapitalisierung machte 1995 im Vereinigten Königreich 120 % des Bruttosozialprodukts aus, während sich dieser Wert in Deutschland bei knapp über 20 % bewegte.

17. Als Beispiel für neue Finanzierungsinstrumente sei nur auf die sogenannte Mezzanine-Finanzierung verwiesen, die auch in Deutschland in weitem Umfang Anwendung findet.

18. Keinesfalls zu übersehen ist, dass die Systeme des "common law" in immer größerem Maße kodifiziertes Recht beinhalten. Vor allem in England und in den USA ist diese Tendenz sehr stark. In England ist dies nicht zuletzt auf die Harmonisierungsbestrebungen im Rahmen der Europäischen Union zurückzuführen.

wird hier jedoch abgesehen, da diese Systeme letztlich aus dem englischen Recht hervorgegangen sind.¹⁹ Außerdem besteht eine zu große Zersplitterung zwischen den Regeln in einzelnen Bundesstaaten der USA, als dass ein Vergleich sinnvoll wäre.²⁰

Auf einer konkreteren Ebene bezeichnet der Begriff “common law rules” die Rechtsregeln eines “common law”-Systems, die allein richterrechtlich fixiert sind: Das englische Recht setzt sich aus einer Gemengelage von Fallrecht (“common law”) und kodifiziertem²¹ Recht (“statute law”) zusammen. Beide ergänzen sich wechselseitig, teils komplementär, teils überlappend. Hinsichtlich des Fallrechts ist bemerkenswert, dass es sich hier um zwei voneinander formell unabhängige, wenn auch ineinander verzahnte Komplexe von Richterrecht handelt, die sich aufgrund der historischen Trennung zweier Gerichtsbarkeiten entwickelt haben: Die Rechtsprechung der “King’s courts” wird als “common law” im engeren Sinne umschrieben, das Fallrecht des “Court of Chancery” als “equity”.²² Infolge der Vereinheitlichung der ordentlichen Gerichtsbarkeit durch den Judicature Act 1873 ist die prozessuale Trennung aufgehoben worden. Die bis dahin entstandenen Regelungen materiellen Rechts bestehen jedoch fort und werden nunmehr von allen englischen Gerichten gleichberechtigt angewendet. Die Differenzierung zwischen “common law” und “equity” hat daher im wesentlichen nur noch historische Bedeutung.

19. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 219.

20. Ein anschaulicher Überblick über die Situation in den USA findet sich bei *Zweigert/Kötz – Weir* S. 249 ff.

21. Das umfasst neben originärem Gesetzesrecht auch richterrechtliche Regeln, die sich das Parlament zu eigen macht und zusammengefasst in Gesetzesform erlässt, ohne dass sich die Rechtslage dadurch ändert.

22. Im – trotz jahrhundertalter Rechtspraxis hypothetisch gebliebenen – Fall von Widersprüchen zwischen Regeln “at law” und “in equity” behalten die “rules of equity” die Oberhand; vgl. *Earl of Oxford’s Case* (1615) 1 W. & T. 615, 21 Eng. Rep. 485, 487.

2. Formen des Unternehmenskaufs

Unter der Bezeichnung „Unternehmenskauf“ werden im folgenden alle Transaktionen zusammengefasst, die dem Käufer durch einen einzigen Erwerbsvorgang die wirtschaftliche Kontrolle über ein Zielunternehmen verschaffen.²³ Aufgrund komplexer haftungsrechtlicher, steuerlicher und vertragstechnischer Erwägungen²⁴ muss ein Kaufinteressent die Wahl zwischen zwei Erwerbsformen treffen.

Zum einen kann er die Kontrolle über das zu erwerbende Unternehmen dadurch gewinnen, dass er die Gesamtheit der zum Unternehmen gehörenden Sachen, Rechte und anderen Vermögenswerte erwirbt. In der aus dem Englischen adoptierten Fachsprache bezeichnet man diese Variante als “asset deal”.²⁵ Im Deutschen kann man dies als „Unternehmenskauf durch Erwerb von Einzelvermögensgegenständen“ beschreiben.

Zum anderen kann der Käufer die wirtschaftliche Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, indem er Anteile an einer Gesellschaft erwirbt, die Trägerin des Unternehmens ist. Diese Variante wird als “share deal” oder als „Unternehmenskauf durch Beteiligungserwerb“ bezeichnet.²⁶ Wegen der Unhandlichkeit der deutschen Begrifflichkeit werden im folgenden vorrangig die auch im deutschen Schrifttum verbreiteten englischen Ausdrücke verwendet.

Die zu erwerbenden Zielgesellschaften bezeichnet man in der anglierten deutschen Fachterminologie üblicherweise als “targets”.²⁷ Die Größe der Zielgesellschaften variiert stark; Einzelhandelsgeschäfte werden ebenso verkauft wie mittelständische oder sogar weltweit bedeutende Unternehmen.²⁸ Übernahmen großer Unternehmen stehen wegen ihrer wirtschaftlichen Bedeutung im Zentrum des Interesses der beteiligten Fachkreise und der Öffentlichkeit.

23. Außer Betracht bleibt daher der schrittweise Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung durch den Erwerb von Anteilen von einer Vielzahl von Veräußerern, z. B. über den Börsenhandel. Ebenso wenig werden Übernahmen im Wege gesellschaftsrechtlicher Auseinandersetzung oder Umwandlung berücksichtigt; zu diesen Erwerbsformen siehe etwa *Hölters – Hölters I* Rn. 20 ff., 26.

24. Praxisorientierte Leitfäden zum Unternehmenskauf geben dazu Hilfestellungen; siehe z. B. *Liebs* S. 14 ff.

25. Gleichbedeutend mit dem Begriff “asset acquisition”, der als Kauf der Wirtschaftsgüter zwecks Übernahme einer Gesellschaft übersetzt wird; siehe *Dietl/Lorenz* S. 48.

26. Siehe beispielhaft *Roschmann ZIP* 1998, 1941.

27. *Dietl/Lorenz* S. 824.

28. Für Beispiele aus der Rechtsprechung siehe BGHZ 69, 53; BGH WM 1970, 132.

Als Verkäufer kommen Einzelunternehmer, denen geeignete Nachfolger fehlen, sowie in- und ausländische Holdinggesellschaften und Konzernmuttergesellschaften in Betracht.²⁹ Die Gruppe potentieller Käufer umfasst außer anderen Unternehmen auch Management-Teams, die entweder die Eigner der von ihnen geführten Unternehmen auszahlen oder sich in fremde Unternehmen einkaufen. Die erste Variante bezeichnet man als „Management Buy-Out“, die zweite als „Management Buy-In“.³⁰ Bei solchen Transaktionen treten häufig finanzstarke institutionelle Investoren als Miterwerber auf, zum Beispiel große Investmentfonds.

C. Gewährleistungsproblematik beim Unternehmenskauf

Angesichts der enormen Größe mancher Zielunternehmen sind die Transaktionen mitunter sehr komplex. Die Parteien eines Unternehmenskaufs gehen erhebliche finanzielle Risiken ein, die vorab genau kalkuliert werden müssen.

Der Verkäufer kapitalisiert im Wege der Unternehmensveräußerung einen wichtigen Bestandteil seines Vermögens. Ihm ist daran gelegen, dass der zu zahlende Kaufpreis sich nicht im nachhinein durch eine Aufrechnung mit Schadensersatzforderungen verringert oder gar komplett ausfällt, weil der Vertrag aufgelöst oder beendet werden kann.

Den Käufer trifft das Risiko, ob sich das Unternehmen zukünftig im Markt behaupten und dadurch seinen Wert erhalten kann. Ein weiterer, für den Käufer zentraler Aspekt wird vornehmlich durch juristische Erwägungen geprägt: Nicht immer wird das veräußerte Unternehmen in jeder Hinsicht den Erwartungen des Käufers gerecht. Dann stellt sich die Frage, ob der Erwerber lediglich ein schlechtes Geschäft gemacht hat, mit dessen negativen Folgen er leben muss, oder ob er den Veräußerer dafür haftbar machen kann.

Für beide Parteien ist es deshalb von elementarer Bedeutung, die Haftungsrisiken im voraus einschätzen zu können. Auf der Basis dieser Einschätzung sind die vertraglichen Beziehungen so zu gestalten, dass sie in juristischer Hinsicht unangreifbar sind, damit die Risikokalkulationen nicht später zunichte gemacht werden. Weil nur eine einzige Fehleinschätzung in diesem Bereich schlimmstenfalls die

29. *Beisell/Klumpp* S. 1.

30. *Hölters – Hölters* I Rn. 53.

wirtschaftliche Existenz einer der Parteien vernichten kann, bleibt insofern keinerlei Raum für “trial and error”-Verfahren. Es besteht also ein besonders hohes Bedürfnis nach Rechtssicherheit; die vertraglichen Beziehungen müssen von vornherein überschaubar und eindeutig sein.

Rechtssicherheit ist aus Sicht der Parteien essentiell, damit sie die Transaktionskosten minimieren können. Transaktionskosten umfassen nach wirtschaftswissenschaftlichem Verständnis die Kosten der Informationsbeschaffung, der Vertragsanbahnung und -durchsetzung. Sie werden definiert als Kosten, die nicht unmittelbar die Produktion in Form von Kosten für Vor- oder Zwischenprodukte und für Faktorleistungen selbst betreffen, sondern durch vertragliche Beziehungen entstehen, welche die Verständigung der an den Transaktionen beteiligten Personen regeln.³¹ Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht ist es in der Regel interessengerechter und transaktionskostengünstiger, vertragliche Vorkehrungen zur privaten Konfliktbereinigung zu treffen als sich auf die von der objektiven Rechtsordnung vorgegebenen Normen und Verfahren zu verlassen.³²

Der Unternehmensverkäufer bedarf möglichst genauer Zahlen, um bilanztechnisch die nötigen Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten bilden zu können. Dem Käufer erleichtert es die Finanzierung des Kaufpreises durch Fremdkapital, wenn er den Geldgebern eine klare Risikokalkulation vorlegen kann. Es liegt folglich im Interesse beider Parteien, im voraus präzise zu definieren, welche gegenseitigen Rechte und Pflichten bestehen. Insbesondere ist den Parteien eines Unternehmenskaufvertrags daran gelegen, Klarheit darüber zu schaffen, unter welchen Umständen dem Käufer ein Anspruch auf Schadensersatz oder ein Recht zur Vertragsauflösung bzw. -beendigung zusteht.

Diesem Bedürfnis kann auf zweierlei Weise Rechnung getragen werden: Zum einen können gesetzliche oder richterrechtliche Regelungen den nötigen Rahmen schaffen. Zum anderen haben die Vertragsparteien die Möglichkeit, auf der Grundlage einzelvertraglicher Abreden angemessene Regelungen zu vereinbaren.

I. Gesetzliche oder richterrechtliche Regelung

Die erste Möglichkeit besteht darin, durch Gesetz oder richterliche Rechtsfortbildung eine einheitliche dogmatische Grundlage für sämtliche Gewährleistungsfragen des Unternehmenskaufs zu schaffen.

31. *Schumann* S. 437 m.w.N.

32. *Schumann* S. 438.

1. Deutsches Recht

Der deutsche Gesetzgeber hat sich des Problems bislang nicht angenommen. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keinerlei ausdrückliche Normierung des für den Unternehmenskauf anzuwendenden Gewährleistungsrechts. In den letzten Jahrzehnten sind viele grundlegende höchstrichterliche Entscheidungen ergangen, die im Schrifttum vielfach Widerspruch hervorgerufen haben. Im Schrifttum wurden zahlreiche hochkarätige Versuche unternommen, ein in sich geschlossenes System der Gewährleistungshaftung für den Spezialbereich des Unternehmenskaufs zu entwickeln. Bis heute konnte keine Einigung über einen allumfassenden Lösungsweg erzielt werden. Von einer Annäherung der Positionen ist nichts zu spüren. Es gibt praktisch keine Lösungsalternative mehr, die noch nicht vertreten worden wäre.³³

Wegen der fortbestehenden Uneinigkeit setzt sich zunehmend die Überzeugung durch, dass ein in sich geschlossenes, allgemein gültiges, abstraktes und vor allem konsensfähiges Haftungskonzept in absehbarer Zeit nicht zur Verfügung stehen wird.³⁴ Folglich schwebt über der Praxis heute ebenso wie schon vor 90 Jahren „das Damoklesschwert der Rechtsunsicherheit“.³⁵

2. Englisches Recht

Anders stellt sich die Situation in England dar. Obwohl dort ebensowenig wie in Deutschland eine spezialgesetzliche Regelung des Unternehmenskaufs existiert, erfassen die richterrechtlichen Regeln zum allgemeinen Kaufrecht sämtliche Gewährleistungsprobleme. Die englische Rechtsprechung behandelt den Unternehmenskauf wie jeden anderen Kauf und präzisiert die richterrechtlichen Regeln des „common law“ lediglich dort, wo der besondere Charakter eines Unternehmens als Kaufobjekt es erfordert.³⁶

33. Siehe im einzelnen die Ausführungen im 2. Teil ab Seite 23.

34. *Willemsen* ZGR 1982, 391, 394.

35. *Wessing* ZGR 1982, 455.

36. Siehe dazu im einzelnen die Ausführungen im 3. Teil ab Seite 77.

3. Rechtsvergleichender Ansatz

Das deutsche Gewährleistungsrecht wird für den Sonderfall des Unternehmenskaufs vielfach als dogmatisch und praktisch unbefriedigend kritisiert. Hingegen werden die entsprechenden Regelungen des englischen Rechts allenthalben als sachgerecht empfunden. Das legt nahe, nach den Ursachen für diese Unterschiede zu fragen und im englischen Recht nach Anregungen für eine mögliche Verbesserung des deutschen Rechts zu suchen.

Im Rahmen einer Dissertation einen integrativen Neuansatz zu wagen, erschiene jedoch angesichts der Ergebnislosigkeit der hochqualifizierten Diskussion der letzten Jahrzehnte vermessen. Selbst wenn ein bahnbrechender wissenschaftlicher Neuansatz binnen kürzester Zeit in der Literatur umfassende Zustimmung erhielte, wäre der Praxis damit noch wenig geholfen. Es würde nach den bisherigen Erfahrungswerten noch immer mehrere Jahre dauern, bis der Gesetzgeber und die höchstrichterliche Rechtsprechung Gelegenheit erhielten, sich dazu zu äußern und so ein für Rechtsanwender im voraus berechenbares Regelungsumfeld zu schaffen. In diese Richtung gehende Reformbestrebungen werden daher im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht weiter verfolgt. Nichtsdestotrotz schließt die komparative Analyse im 4. Teil dieser Arbeit die Überlegung ein, ob und wie es möglich wäre, bewährte Konzepte aus dem englischen ins deutsche Recht zu übertragen.³⁷

II. Problembewältigung durch vertragliche Gestaltung

Die zweite Möglichkeit, dem Problem abzuhelpfen, gründet auf der privatautonomen Gestaltungsfreiheit. Die Parteien können einzelvertraglich die Gewährleistungshaftung für Abweichungen zwischen dem vorvertraglich erklärten oder vertraglich vereinbarten Zustand und dem tatsächlichen Zustand des verkauften Unternehmens regeln.

37. Siehe unten ab Seite 239.

In dieser Richtung haben sowohl die richterliche³⁸ als auch die anwaltliche³⁹ Praxis in den vergangenen Jahrzehnten ihr Heil gesucht. Sie sind zu dem Schluss gekommen, dass eine funktionsfähige Lösung in einer angemessenen Vertragsgestaltung gefunden werden muss. Die erforderliche Rechtssicherheit soll demzufolge durch sorgfältige Vertragsgestaltung hergestellt werden. Die Gestaltung von Unternehmenskaufverträgen mit der Unterstützung darauf spezialisierter Rechtsanwälte ist heute sowohl in Deutschland als auch in England der Regelfall.

1. Deutsches Recht

Der durch den Grundsatz der Privatautonomie gewährte Handlungsspielraum wird in Deutschland inzwischen weitestgehend ausgeschöpft: Die Kautelarjurisprudenz hat ein stark differenziertes Instrumentarium von Gewährleistungsklauseln entwickelt. Diese Klauseln sind darauf angelegt, den Rückgriff auf die unsicheren Grundlagen des richterrechtlichen Gewährleistungsrechts entbehrlich zu machen. Voraussetzungen und Rechtsfolgen von für den Käufer negativ vom Vereinbarten abweichende Qualitäten des Unternehmens werden detailliert geregelt. Nur in den seltenen Fällen, in denen geeignete Abreden fehlen oder unzureichend gestaltet sind, bedarf es überhaupt noch eines Rückgriffs auf die umstrittenen Haftungsregelungen des Richterrechts. Das Augenmerk wird in der Praxis des Unternehmenskaufs heute vorrangig darauf gerichtet, vertraglich vereinbarte Gewährleistungsregeln für den jeweiligen Einzelfall maßzuschneidern.

2. Englisches Recht

Die Vertragsgestaltung nach englischem “common law” orientiert sich an einer von den Gerichten herausgebildeten Kategorisierung von Vertragsabreden. Das englische Recht differenziert zwischen verschiedenen Arten vorvertraglicher und vertraglicher Erklärungen, die in graduell unterschiedlicher Intensität eine Verkäuferhaftung für nachteilige Abweichungen von vorvertraglich erklärten oder vertraglich vereinbarten Anforderungen an das Kaufobjekt begründen. Von Bedeutung sind vor allem “conditions”, “warranties”, “representations”, “indemnities” und “innominate terms”.⁴⁰

38. BGHZ 65, 246, 252; 69, 53.

39. *Hölters – Semler* Teil VI Rn. 122; *Münchener Vertragshandbuch – Günther*, Bd. 2, II.1, S. 73 ff.

40. Siehe dazu Seite 155 ff.

Englisches und deutsches Recht unterscheiden sich insofern schon in konzeptioneller Hinsicht: Während das deutsche dispositive Gewährleistungsrecht schon dann anwendbar ist, wenn überhaupt nur ein Kaufvertrag geschlossen wurde, bedarf es nach englischem Recht darüber hinaus einer haftungsbegründenden Vertragsabrede.

3. Englische Klauseln in Verträgen nach deutschem Recht

Schwierigkeiten entstehen, wenn in deutschen Verträgen Abreden getroffen werden, die sich an ausländischen Beispielen orientieren, weil vertragliche Vereinbarungen stets auf den individuellen Regelungsbedarf in einer konkreten Rechtsordnung reagieren. Wird dieser länderspezifische Hintergrund außer acht gelassen wird, wenn deutsche Gewährleistungsabreden nach dem Vorbild englischer Klauseln gestaltet werden, kann dies zu Mißverständnissen und damit zu Rechtsunsicherheit führen.⁴¹

Aus den oben⁴² dargestellten Gründen nimmt der Einfluss des “common law” auf die Gestaltung von Kaufverträgen in großen Transaktionen seit Jahren stetig zu. Englische Unternehmenskäufer wollen sich beim Erwerb deutscher Unternehmen der ihnen vertrauten Haftungskonzepte des englischen Rechts bedienen. Zu diesem Zweck streben sie an, im Geltungsbereich des “common law” gebräuchliche Klauseln inhaltlich unverändert in Verträge nach deutschem Recht zu integrieren.

a) Übersetzung englischer Rechtsbegriffe

Fachbegriffe des “common law” werden teils rein sprachlich übersetzt, teils sogar unmittelbar in englischer Sprache in Verträge übernommen, die der Anwendung deutschen Rechts unterliegen.⁴³ Allerdings schafft die Anwendung deutschen Rechts auf lediglich fremdsprachig bezeichnete Konzepte Probleme, weil sich das kautelarjuristische Instrumentarium des deutschen Rechts nicht nur terminologisch, sondern auch funktionell von dem des “common law” unterscheidet.

Da sich die englische Rechtsterminologie weitgehend isoliert von der kontinentalen Rechtswissenschaft entwickelt hat, haben mitunter selbst etymologisch verwandte Begriffe grundlegend verschiedene Bedeutungen in Deutschland und England. Dies bringt insbesondere dort die Gefahr der Irreführung mit sich, wo deutsche und englische Terminologie auf die lateinische Sprache zurückgreifen.

41. *Triebel* RIW 1998, 1, 4 f.

42. Siehe Abschnitt B.I. ab Seite 3.

43. *Glatzová* 11 I.B.L. 1998, 453, 454.

Zum Beispiel liegt es für einen deutschen Juristen nahe, den Terminus “condition” mit dem ihm bekannten Begriff der *conditio sine qua non* im Sinne einer kausalen Bedingung zu assoziieren. Dass dies den wahren Inhalt des englischen Worts nur in einem Teilbereich und zudem erheblich verzerrt wiedergibt, wird im 3. Teil dieser Arbeit deutlich.⁴⁴

Die Übersetzung englischer Rechtsterminologie ist irreführend oder sogar unmöglich, wenn sich die in deutscher und englischer Sprache beschriebenen Konzepte inhaltlich nicht vollständig decken. Rechtsunsicherheit entsteht hier dadurch, dass eine rein linguistische Übersetzung englischer Rechtsbegriffe kaum jemals ihrer exakten juristischen Tragweite gerecht wird. Beispielsweise wird der englische Begriff “mortgage” häufig mit „Hypothek“ übersetzt. Zwar erfüllt dieses Instrument in England den wirtschaftlichen Zweck, dem in Deutschland Hypothek oder Grundschuld dienen; seiner Rechtsnatur nach handelt es sich jedoch eher um eine Sicherungsübereignung.⁴⁵ Für andere Konzepte des englischen Rechts, zum Beispiel den “trust”, gibt es keinerlei direkte Entsprechung im deutschen Recht. Insofern liegt in jeder Übersetzung bereits eine inhaltliche Bewertung im Wege der Auslegung.⁴⁶

Aus diesen Gründen ist bei der Übersetzung größte Vorsicht geboten, da sich viele der Begriffe nicht ins Deutsche übertragen lassen, ohne dass sie irreführende Assoziationen hervorrufen.

Dieser Problematik wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit dadurch Rechnung getragen, dass englische Rechtsterminologie nicht mit Ausdrücken der deutschen Rechtsterminologie übersetzt wird, um die damit verbundenen Konnotationen zu vermeiden. Beispielsweise wird statt von „Kündigung“ die Rede von „Vertragsauflösung“ oder „Vertragsbeendigung“ sein, wenn “rescission” und “termination” erörtert werden. Nur wenn Irreführungen durch das Wecken ungerechtfertigter Assoziationen auszuschließen sind, werden der Einfachheit halber deutschsprachige Fachbegriffe verwendet. Soweit erforderlich wird der übersetzte englische Begriff zur Klarstellung mitzitiert.⁴⁷

44. Siehe die Ausführungen zur Bedeutung des Begriffs “condition” ab Seite 157.

45. Siehe die Erläuterungen bei *Sealy/Hooley* S. 986 ff.

46. *Vorpeil* RIW 2000, 1.

47. Englischsprachige Begriffe behalten die im Englischen übliche Variante der Anführungszeichen (“example”).

b) Funktionelle Übertragung

Klauseln nach dem Vorbild englischer Verträge können inhaltlich nicht ohne weiteres in deutsche Verträge übertragen werden, wo das deutsche Recht keine exakten Äquivalente für Konzepte des “common law” kennt.⁴⁸ Daraus ergibt sich die praktische Frage, wie sich ein System vertraglicher Gewährleistungsregelungen auf der Grundlage des “common law”⁴⁹ inhaltlich unverändert in einen Vertrag nach deutschem Recht transformieren lässt.

Selbst wenn ein Unternehmenskaufvertrag in deutscher Sprache verfasst sein sollte, orientiert sich insbesondere die Rubrik „Gewährleistungen“ hinsichtlich Detailreichtum und Regelungsinhalt häufig an englischen oder amerikanischen Vorbildern. Einzelheiten der Vertragsgestaltung hängen davon ab, inwieweit sich nach “common law” üblicherweise postulierte Anforderungen an ein verkauftes Unternehmen nach deutschem Recht überhaupt gewährleisten lassen und mit welchen kautelarjuristischen Instrumenten eine inhaltsgleiche Übertragung zu erreichen ist.

Anliegen der vorliegenden Arbeit ist es, auf rechtsvergleichender Grundlage den theoretischen Hintergrund dieser Art von grenzüberschreitender Vertragsgestaltung zu beleuchten. Dazu werden die Haftungssysteme nach deutschem und englischem dispositivem Recht (“default rules”) sowie die Möglichkeiten dargestellt, durch vertragliche Abreden Gewährleistungsregelungen zu vereinbaren.

D. Komparatistische Methode: Funktionalismus

Das grundlegende methodische Prinzip der Rechtsvergleichung liegt darin, dass die Funktionalität von Rechtsnormen über ihre Vergleichbarkeit entscheidet.⁵⁰ Diesem Ansatz zufolge lassen sich juristische Regeln nur dann sinnvoll miteinander vergleichen, wenn sie von der extrem komplexen Interaktion mit historischen, institutionellen, ideologischen, kulturellen und soziologischen Strukturen abstrahiert und auf ihren funktionellen Kern reduziert werden.

48. *Vorpeil* RIW 2000, 1.

49. Die Bezeichnung “common law” stammt daher, dass es, administriert durch eine zentralisierte Judikative, einheitlich in ganz England galt; vgl. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 183 f. Die etymologische Wurzel im lateinischen „*communis*“ für „gemein“ im Sinne von „allgemein“ verdeutlicht die gedankliche Verwandtschaft mit dem Gemeinen Recht.

50. *Gordon* 36 *Stanford L.Rev.* 1984, 57; *Maine* S. 19 ff.; *Montesquieu*, Bd. 1, S. 2 ff.; *Pound* 100 *University of Pennsylvania L.Rev.* 1951, 1; *Rheinstein* 2 *University of Chicago L.Rev.* 1934/35, 232, 248 ff.; *Zweigert/Kötz – Weir* S. 34, 36.

I. Kritik

Kritiker haben die Methode der funktionalistischen Rechtsvergleichung grundlegend in Frage gestellt.⁵¹ Es sei unmöglich, funktionelle Regelungseinheiten komplett aus ihrem Zusammenhang herauszulösen. Ein in einem bestimmten Rechtssystem geschulter Jurist sei nicht in der Lage, ausländische Rechtsquellen ebenso zu lesen und zu verstehen wie ein in dem jeweiligen ausländischen Rechtssystem aufgewachsener Jurist.⁵² Keine noch so gründliche Distanzierung und Differenzierung vom heimatlichen Rechtssystem ermögliche es, vollständig in die Haut eines im fremden Rechtssystem beheimateten Juristen zu schlüpfen. Vielmehr verbleibe stets eine nicht auszulöschende Verfälschung des Fremdverständnisses durch das inhärente Selbstverständnis des Komparatisten.⁵³ Dieses Phänomen ist in der Sozialwissenschaft als Problematik der teilnehmenden Beobachtung bekannt,⁵⁴ die sich immer dann stellt, wenn nicht materielle Gegenstände der Außenwelt, sondern gedankliche Systeme untersucht werden und damit Objekt und Subjekt der Betrachtung im Gehirn des Beobachters ineinander verschmelzen. In der Begrifflichkeit der Rechtsvergleichung wird der Vorwurf, dass Objektivität aufgrund der unauslöschbaren Subjektivität des jeweiligen Betrachters unmöglich sei, mit der Bezeichnung „Ethnozentrismus“ umschrieben.⁵⁵

II. Rechtfertigung und praktische Konsequenz

Der Kritik ist zuzugeben, dass Rechtsvergleichung ebensowenig wie jede andere Geisteswissenschaft jemals komplette Objektivität erreichen kann. Diese Arbeit vertritt jedoch den Standpunkt, dass komplette Objektivität zwar dem Ideal einer perfekten, puristischen Rechtsvergleichung entspräche, zum Erzielen sinnvoller Resultate aber entbehrlich ist. Mit Hilfe der Rechtsvergleichung können die in einem nationalen Rechtssystem gefundenen Lösungen im Hinblick auf mögliche Verbesserungen an ausländischen Vorschlägen gemessen werden. Insofern ist sie eine praktische Hilfestellung für den Gesetzgeber⁵⁶ und für die in den verglichenen Systemen praktizierenden Juristen⁵⁷. Ein Defizit an Objektivität sollte daher in

51. *Frankenberg* 26 *Harvard Int.L.J.* I 1985, 414, 440.

52. *Legrand*, *Transfrontier Mobility*, S. 63, 77 f.

53. *Geertz* S. 232.

54. *Friedrichs/Lüdtke* S. 37 ff.

55. *Frankenberg* 26 *Harvard Int.L.J.* I 1985, 414, 415.

56. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 16 f.

dem Maße hingenommen werden, wie die dadurch verursachten Einbußen an Präzision durch den Vorteil kompensiert werden, die Anwendung des „heimatlichen“ Rechts aufgrund von Anregungen durch ausländische Vorbilder verbessern zu können.

Den Bedenken ist ferner durch eine angemessene Verarbeitung der komparatistischen Resultate Rechnung zu tragen: Die mittels Rechtsvergleichung gewonnenen Erkenntnisse sind im Hinblick darauf zu relativieren, dass sie unweigerlich durch die Subjektivität des jeweiligen Komparatisten gefärbt sind. Sollen beispielsweise aus einer komparatistischen Untersuchung Schlüsse für eine mögliche Reform gezogen werden, so muss dies in dem klaren Bewusstsein geschehen, dass die Ergebnisse dieser Untersuchung nicht auf einer vollständig objektiven Grundlage beruhen.

Ähnlichkeiten zwischen ausländischen und heimatlichen Rechtsregeln rufen häufig ungerechtfertigte Assoziationen hervor, die eine komparative Analyse verfälschen. Wichtig ist es daher, bei der Analyse ausländischen Rechts voreilige Schlussfolgerungen zu vermeiden. Zu diesem Zweck sind rechtstechnische Konstruktionen und andere Charakteristika der Rechtssysteme vorerst außer acht zu lassen; das Augenmerk wird im ersten Schritt des Rechtsvergleichs ausschließlich auf die praktischen Konsequenzen rechtlicher Regelungen gerichtet.⁵⁸ Dazu wird jeweils ein spezifisches Sachproblem identifiziert und untersucht, wie verschiedene Rechtssysteme dieses Problem zu lösen versuchen. Die Funktion der analysierten Regelungen dient insofern als fest verankerter Bezugspunkt für einen objektiven Vergleich, als sogenanntes *tertium comparationis*. Mit anderen Worten wird die Funktionalität als neutraler Nullpunkt des komparatistischen Koordinatensystems angesehen. Beispielsweise lassen sich Normen des allgemeinen Vertragsrechts im Hinblick auf die Frage vergleichen, welche Folgen ein Abweichen des objektiven Erklärungsinhalts vom subjektiv Gewollten nach sich zieht; den funktionalistischen Referenzpunkt bildet in diesem Beispiel die Frage, wie der mit dem objektiv Erklärten widerstrebende Wille des Erklärenden geschützt wird.

Um eine neutrale Vergleichsgrundlage zu schaffen, gilt es zunächst, die zu vergleichenden Rechtsregeln so objektiv wie möglich darzustellen. Zu diesem Zweck ist anzustreben, auch das heimatliche Recht aus der Perspektive eines Außenstehenden zu betrachten.⁵⁹ Dem Umstand, dass eine solche Distanzierung aufgrund der indi-

57. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 18 ff.

58. *Rabel*, Bd. 1, S 67.

viduellen Vorbildung, Erfahrung und Perspektive des jeweiligen Betrachters niemals zu vollständiger Objektivierung führen kann, ist durch strikte gedankliche Differenzierung Rechnung zu tragen.⁶⁰ Die Termini „Distanzierung“ und „Differenzierung“ werden hier in dem von *Frankenberg* ausführlich dargestellten Sinne verstanden:

“These operations I call ‘distancing’ and ‘differencing’. Distance is needed to gain a vantage on who we are and what we are doing and thinking. Distancing can be described as an attempt to break away from firmly held beliefs and settled knowledge and as an attempt to resist the power of prejudice and ignorance. From a distance old knowledge can be reviewed and new knowledge can be distinguished as it is in its own right. Distance de-centers our world-view and thus establishes what might be called objectivity.

Mere distance, however neither opens our eyes nor makes us see clearly. As long as foreign places only look like or unlike home, as long as foreign legal cultures only appear to be un-common or un-civil, and as long as they are treated as same or other, they do not speak for themselves. In order to break the unconscious spell that holds us to see others by the measure of ourselves without abandoning the benefits of criticism, traveling as well as comparison has to be an exercise in difference. By differencing we not only develop and practice a sharp sense for diversity and heterogeneity but, more importantly, we make a conscious effort to establish subjectivity, that is, the impact of the self, the observer’s perspective and experience, is scrupulously taken into account. Differencing calls into question the neutrality and universality of all criteria; it rejects the notion (entertained by many comparatists and travelers alike) that the categories and concepts with which new experiences are grasped, classified, and compared have nothing whatsoever to do with the socio-cultural context of those who see in terms of them. Differencing is necessary to prevent the observer-comparatist from confusing the present content of (Western) ideas and concepts with the criteria of a universal truth and logic.”⁶¹

59. *Frankenberg* 26 *Harvard Int.L.J.* I 1985, 411, 414; *Pound* S. 212.

60. *Frankenberg* 26 *Harvard Int.L.J.* I 1985, 411, 414.

61. *Frankenberg* 26 *Harvard Int.L.J.* I 1985, 411, 414.

Die Darstellung im folgenden 2. Teil wird deshalb so gegliedert, als nähere man sich dem deutschen Recht wie ein Außenstehender: Zunächst wird die Relevanz der kodifizierten gesetzlichen Regelungen untersucht, dann der Einfluss richterrechtlicher Analogie und Rechtsfortbildung und schließlich die Verwendung dogmatischer Hilfskonstruktionen wie das Institut der *culpa in contrahendo* und die Grundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage.

Die Darstellungstiefe ist so gewählt, dass die für eine komparatistische Analyse relevanten Aspekte deutlich werden. Von Interesse ist besonders die Interaktion zwischen kodifizierten Normen und gerichtlicher Interpretation, Analogiebildung sowie Rechtsfortbildung. Anders als eine primär für Zwecke der Rechtsanwendung konzipierte Arbeit strebt die vorliegende rechtsvergleichende Untersuchung nicht an, das materielle Recht im enzyklopädischen Sinne umfassend darzustellen. Vielmehr liegt der Schwerpunkt darauf, die Funktionsweise der deutschen und englischen Gewährleistungshaftung beim Unternehmenskauf zu verdeutlichen. Aus diesem Grund beschränkt sich die Darstellung beispielsweise auf die unmittelbaren Beziehungen zwischen Käufer und Verkäufer, während die Beteiligung dritter Personen außer Betracht bleibt.

In einem zweiten gedanklichen Schritt werden die so identifizierten funktionellen Elemente gezielt daraufhin untersucht, ob einzelne der zuvor ausgeklammerten Interaktionsmuster prägnante Ähnlichkeiten oder Unterschiede erklären können.⁶² Der komparative Funktionalismus geht von der Prämisse aus, dass Rechtssysteme dazu tendieren, praktische Probleme zumindest im Ergebnis auf die gleiche Weise zu lösen (*praesumptio similitudinis*). Da Ähnlichkeiten zwischen den Regeln verschiedener Rechtsordnungen somit den Normalfall darstellen, wird ihnen keine besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Im Zentrum des Interesses stehen vielmehr die Unterschiede zwischen den verglichenen Rechtsordnungen.⁶³ An ihnen lässt sich analysieren, wie spezifische äußere Bedingungen die Entwicklung eines

62. In dieser Hinsicht gibt es im wesentlichen drei verschiedene Strömungen: Die „reaktivistische“ Theorie geht davon aus, dass das Recht soziale Bedürfnisse und Interessen widerspiegelt. Ihre Analyse konzentriert sich deshalb darauf, wie sozio-ökonomische Veränderungen das Recht beeinflussen; vgl. *Kahn-Freund* 82 L.Q.R. 1966, 40. Demgegenüber betont die „aktivistische Theorie“ die Rolle des Rechts als Katalysator soziologischer Veränderungen; vgl. *Merryman*, *Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline and Revival of the Law and Development Movement*; zitiert nach *Frankenberg* 26 *Harvard Int.L.J.* I 1985, 414, 435. Die „interdependentistische“ Theorie kombiniert die beiden zuvor genannten Ansätze und erkennt an, dass Recht und Gesellschaft sich wechselseitig beeinflussen; vgl. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 44, 46 f. Die Bezeichnung der genannten Theorien beruht auf der von *Frankenberg* vorgeschlagenen Terminologie; vgl. 26 *Harvard Int.L.J.* I 1985, 414, 435, Fn. 80.

63. *Hyland* bezeichnet diesen Ansatz in Abgrenzung zur *praesumptio similitudinis* als *conjectura dissimilitudinis*; siehe *Hyland* S. 194.

Rechtssysteme beeinflussen. Insbesondere können Rückschlüsse darauf gezogen werden, welchen Einfluss historische, soziale, institutionelle und wirtschaftliche Faktoren auf die Funktionsweise des jeweiligen nationalen Rechts ausüben.⁶⁴ Dieser methodische Ansatz geht auf *Max Weber* zurück.⁶⁵

E. *Tertium Comparationis*: Funktion der Gewährleistungshaftung

Der funktionelle Kern der zu vergleichenden Regelungskomplexe besteht darin, die Risiken eines Unternehmenskaufs zwischen Verkäufer und Käufer zu verteilen. Der Risikoallokation liegen in Deutschland und England identische wirtschaftliche Erwägungen zugrunde:

Die Parteien müssen abwägen, welche Risiken eine sorgfältige Prüfung des Zielunternehmens *ex ante* zu minimieren imstande ist und für welche verbleibenden Risiken es adäquater Haftungsregeln *eventualiter* und *ex post* bedarf.

Selbst wenn der Käufer im Wege einer sogenannten „due diligence review“ das Kaufobjekt gründlich überprüft⁶⁶, bleibt die Notwendigkeit einer *ex post*-Korrektur bestehen, wenn auch in vermindertem Umfang: Keine noch so intensive Prüfung kann ausschließen, dass das gekaufte Unternehmen von den Anforderungen abweicht, denen es nach dem Inhalt des Vertrages bzw. nach den vorvertraglichen Erklärungen genügen sollte. Der Käufer kann die Kosten einer vorherigen Untersuchung des Zielunternehmens senken, wenn er bestimmte Risiken bewusst in Kauf nimmt und sich stattdessen durch Gewährleistungsabreden absichert. Ein vertragliches Haftungsregime ist daher ein Mittel, die Transaktionskosten des Unternehmenskaufs gering zu halten.

64. *Bell* S. 24. Diesen Ansatz verfolgte *Montesquieu* schon 1748 in seinem Werk «De l'esprit des loix Ou Du rapport que les loix doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce, &c».

65. *Weber* Handwörterbuch S. 188: „Eine wirklich kritische Vergleichung ... wäre ebenso dankenswert wie fruchtbar, – natürlich nur, wenn sie als Ziel nicht, nach Art der heute modischen Konstruktionen von generellen Entwicklungsschemata, nach ‚Analogien‘ und ‚Parallelen‘ jagt, sondern gerade umgekehrt nur dann, wenn ihr Zweck die Herausarbeitung der Eigenart jeder von beiden, im Endresultat so verschiedenen, Entwicklungen und so die Leitung der kausalen Zurechnung jenes verschiedenen Verlaufs ist.“

66. *Evans* 6 I.C.C.L.R. 1995, 196.

F. Gedankenführung

Der folgende 2. Teil der Arbeit befasst sich mit dem für Unternehmenskäufe nach deutschem Recht geltenden Gewährleistungsregime. Dieses Regime setzt sich aus den zwei Komponenten des durch richterliche Rechtsfortbildung modifizierten dispositiven Gesetzesrechts und der individualvertraglichen Vereinbarungen der Parteien zusammen. Die in Unternehmenskaufverträgen deutschen Rechts enthaltenen Gewährleistungsabreden sind als Reaktion auf Unzulänglichkeiten der gesetzlichen und richterrechtlichen Regeln zu verstehen. Daher ist zunächst herauszuarbeiten, welche Probleme sich ohne eine vertragliche Regelung überhaupt stellen. Im Anschluss daran werden praktische Lösungsmöglichkeiten auf der Grundlage kautelarjuristischer Vertragsgestaltung aufgezeigt.

Im 3. Teil wird das System der Gewährleistungshaftung beim Unternehmenskauf nach englischem Recht erläutert. Anders als das deutsche Recht behandelt das englische Recht die Haftung des Unternehmensverkäufers niemals abstrakt in richterrechtlichen oder gesetzlichen Regeln. Die rechtliche Problemlösung in England ist untrennbar verwoben mit der vertraglichen Gestaltung im Einzelfall. Im englischen "common law" existiert kein dem deutschen dispositiven Recht vergleichbares Netz kodifizierter "default rules", die eingreifen, wenn der Unternehmenskaufvertrag nur die vertragswesentlichen Bestandteile (*essentialia negotii*) enthält; lediglich die Haftung für vorvertragliche Tatsachenerklärungen ist abstrakt gesetzlich geregelt. Aus diesem Grund wird die für das deutsche Recht getrennte Darstellung der Haftungsregeln nach dispositivem Recht und privatautonomer Vereinbarung für das englische Recht in einer einheitlichen Bearbeitung zusammengefasst. Die wichtigsten Vertragsabreden sind die schon erwähnten "conditions", "warranties" und "representations".⁶⁷

Gegenstand des 4. Teils ist eine komparative Analyse der grundlegenden Unterschiede zwischen dem deutschen und dem englischen Regime der Gewährleistungshaftung. Besondere Aufmerksamkeit wird den Ursachen für die Verschiedenheit der Regeln in den beiden Rechtssystemen gewidmet. Auf der Basis dieser Überlegungen wird die Möglichkeit der Gestaltung privatautonom vereinbarter Haftungsregelungen *de lege lata* in Erwägung gezogen. Die rechtsvergleichende Analyse bereitet die methodische Grundlage für die Aufgabe der beratenden Praxis, funktionelle Äquivalente nach deutschem Recht für Gewährleistungsklauseln in englischen Kaufverträgen zu entwickeln.

67. Siehe dazu Seite 155 ff.

2. TEIL: DEUTSCHES RECHT

Juristische Laien, aber sogar ausgebildete Juristen aus Rechtssystemen des “common law” gehen nicht selten davon aus, dass sich in Deutschland sämtliche Rechtsprobleme allein mit Hilfe des kodifizierten Rechts lösen lassen. Die Annahme, dass Richterrecht in Deutschland als einem Land des “civil law” keine nennenswerte Rolle spielt, ist verbreitet.

Diese Hypothese bringt Außenstehende dazu, sich dem deutschen Recht auf eine Weise zu nähern, die in der folgenden rechtsvergleichenden Untersuchung des deutschen Rechts imitiert wird. In Abschnitt A. wird deshalb zunächst untersucht, inwieweit sich die gesetzlichen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) als hilfreich für die Rechtsfindung erweisen. Sodann wird in Abschnitt B. erläutert, wie das Gesetzesrecht mit Analogien erweitert und ergänzt wird, bevor in Abschnitt C. für das Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf relevante dogmatische Hilfskonstruktionen erörtert werden, die auf richterlicher Rechtsfortbildung beruhen.

Je nachdem, ob ein Unternehmen im Wege eines “asset deal” oder “share deal” veräußert wird, finden nach deutschem Recht unterschiedliche Regelungen Anwendung. Dies erschwert den Zugang zu den Problembereichen, weshalb *Canaris* die Unterscheidung zwischen “asset deal” und “share deal” als „eine der unerfreulichsten Differenzierungen der bisherigen Rechtsentwicklung“ bezeichnet hat.¹ Im Interesse darstellerischer Klarheit werden “asset deal” und “share deal” in den folgenden Abschnitten A. bis C. soweit erforderlich getrennt erörtert.

A. Kodifiziertes Recht

Eine im deutschen Recht nicht versierte Partei kann zunächst versuchen, sich allein anhand des Gesetzestexts über ihre vertraglichen Rechte und Pflichten zu informieren. Erst wenn eine Subsumtion unter den Gesetzestext keine befriedigenden Antworten gibt, ist es für einen unbefangenen Rechtsanwender nötig, sich den von Rechtsprechung und Schrifttum erarbeiteten Auslegungsrichtlinien zuzuwenden. Die folgende Darstellung folgt inhaltlich diesen aufeinander aufbauenden Gedankenschritten.

Die Bezeichnung „Unternehmenskauf“ legt es nahe, die relevanten Normen im 2. Buch, 7. Abschnitt des BGB unter dem 1. Titel mit der Überschrift „Kauf“ zu suchen.

1. *Canaris* ZGR 1982, 395, 404.

I. “asset deal”

Über mögliche Gewährleistungsrechte beim Unternehmenskauf im Wege des Erwerbs von Einzelvermögensgegenständen gibt das Gesetz in § 433 BGB in Verbindung mit §§ 434, 437 und 459 ff. BGB Auskunft.

1. Subsumtion unter § 433 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB

Bei dem Versuch, den Sachverhalt eines “asset deal” unter die gesetzlichen Tatbestände zu subsumieren, beginnen die Probleme schon damit, dass § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB den Kauf „einer Sache” voraussetzt. Dem allgemeinen Sprachgebrauch zufolge ist ein Unternehmen als solches jedoch keine Sache.² Auch die Legaldefinition in § 90 BGB hilft nicht weiter, da der Sachbegriff dort auf körperliche Gegenstände beschränkt wird. Ein Unternehmen als solches ist kein körperlicher Gegenstand, so dass das Kaufrecht und damit das Sachmängelrecht auf den ersten Blick nicht anwendbar zu sein scheinen.

Statt auf das Unternehmen als Ganzes könnte man jedoch darauf abstellen, dass das Betriebsvermögen eine Vielzahl körperlicher Gegenstände umfasst. § 469 BGB lässt erkennen, dass mehrere Sachen zu einem Gesamtpreis verkauft werden können, so dass § 433 BGB über diesen gedanklichen Umweg anwendbar sein könnten. Zum Betriebsvermögen eines Unternehmens gehören jedoch regelmäßig nicht nur Sachen, sondern auch Forderungen und immaterielle Vermögenswerte, beispielsweise Anteile an anderen Gesellschaften, Patente, Warenzeichen und der sogenannte “good will” des verkauften Unternehmens. Mit “good will” bezeichnet man den über die Summe der Einzelteile hinausgehenden Mehrwert der verkauften Sachen und sonstigen Vermögenswerte als Gesamtheit.³ Dieser Mehrwert wird dadurch geschaffen, dass die Bestandteile in Form des zum Verkauf stehenden Unternehmens gebündelt sind und dadurch zu wertschaffenden Produktionsfaktoren werden. Der Wortlaut des § 90 BGB lässt es nicht zu, Forderungen und andere Vermögensgegenstände unter den Sachbegriff zu subsumieren.

2. Der Duden umschreibt „Sache” als „Ding, Gegenstand, Etwas” und „Unternehmen” als „[aus mehreren Werken, Filialen, o. ä. bestehender] Betrieb (im Hinblick auf seine wirtschaftliche Einheit)”.

3. *Hölters – Fischer* II Rn. 293. Im Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik wird die Umschreibung „(ideeller) Firmenwert (Lage, Ruf, Kundenkreis)” verwendet; siehe *Dietl/Lorenz* S. 359.

Der Versuch, allein anhand der gesetzlichen Normen zum Sachmängelrecht eine Antwort auf die Frage nach etwaigen Gewährleistungsrechten beim Unternehmenskauf zu erlangen, gerät hier ins Stocken. Ein Ausweichen auf §§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB führt ebenso ins Abseits, da die Norm als Kaufobjekt ausschließlich „Rechte“ vorsieht. Die Sachbestandteile des Betriebsvermögens lassen sich unter diesen Begriff nicht subsumieren.

Dem unbefangenen Betrachter hilft § 433 BGB folglich nicht weiter. Der Wortlaut der Norm erfasst weder ein Unternehmen als solches noch die Gesamtheit der Bestandteile seines Betriebsvermögens als Kaufobjekt.

Ein „asset deal“ ließe sich allenfalls darunter subsumieren, indem man jeden einzelnen Bestandteil des Betriebsvermögens zumindest gedanklich zum Gegenstand eines individuellen Kaufvertrags machte, der je nach Rechtsnatur des Kaufobjekts eigenen Regeln folgen könnte. Das würde jedoch missachten, dass bei wirtschaftlicher Sichtweise gerade keine Einzelobjekte in einer Vielzahl von Verträgen verkauft werden sollen, sondern ein Unternehmen als Gesamtheit in einem einzigen Vertrag. Nur eine solche Gesamtbetrachtung rechtfertigt, dass im Hinblick auf den „good will“ ein wesentlich höherer Kaufpreis verlangt wird als bei einer Einzelveräußerung. Es ist unmöglich, die Organisation des Unternehmens, sein Ansehen bei Abnehmern, Lieferanten, Angestellten, Banken und in der Öffentlichkeit oder die in den betrieblichen Strukturen gesammelte Geschäftserfahrung separat zu verkaufen. Stellt man aber mit der wirtschaftlich sinnvollen Gesamtbetrachtung auf das Unternehmen als solches ab, misslingt schon die Subsumtion unter § 433 BGB, da streng genommen weder eine Sache noch ein Recht verkauft werden. Ein möglicher Ausweg findet sich in § 445 BGB, der § 433 BGB für Verträge entsprechend anwendbar erklärt, die auf die entgeltliche Veräußerung eines „Gegenstandes“ gerichtet sind. Was ein solcher Gegenstand ist, lässt das Gesetz offen.

2. Subsumtion unter §§ 459 ff., 434, 440 BGB

Die Schwierigkeiten bei der Anwendung des kodifizierten Rechts setzen sich bei der Frage fort, welche Gewährleistungsnormen anwendbar sein könnten.

Orientiert man sich trotz der oben konstatierten Unsicherheit hinsichtlich des Vorliegens eines Kaufvertrags an den Normen des Kaufrechts, kommt eine Anwendung der §§ 434, 459 ff. BGB in Betracht. Die Subsumtion unter § 459 BGB gerät wiederum bei der Voraussetzung ins Stocken, dass nur der „Verkäufer einer

Sache" haften soll. Insofern stellen sich die gleichen Fragen wie bei der Subsumtion unter § 433 Abs. 1 BGB. Dass dieses Tatbestandsmerkmal auch Unternehmensverkäufer erfasst, ist aus Sicht eines unbefangenen Normanwenders auf der Grundlage des allgemeinen Sprachgebrauchs abzulehnen.

Leichter gestaltet sich die Subsumtion unter § 434 BGB. Diese Norm ist insofern weiter gefasst als § 433 BGB, als nicht lediglich verkaufte „Sachen“ im Sinne von § 90 BGB, sondern allgemein „verkaufte Gegenstände“ erfasst werden. Somit kann man einen „asset deal“ direkt unter § 434 BGB subsumieren. Gemäß §§ 434, 440 BGB ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen. Erfüllt er diese Verpflichtung nicht, haftet er nach §§ 320 ff. BGB.

Weitere Einzelheiten der Rechtsmängelhaftung erschließen sich dem Rechtsanwender aus Rechtsprechung und Literatur: Eine Haftung nach § 440 BGB wird ausgelöst, wenn einem Dritten ein dingliches Recht am verkauften Gegenstand zusteht. Gleiches gilt auch bei einem obligatorischen Recht, soweit es entweder dem Dritten berechtigten Besitz verschafft, oder durch Zurückbehaltungsrecht dem Käufer entgegengesetzt werden kann oder ihn in seiner Verfügungsbefugnis in der Nutzung des Kaufgegenstandes beeinträchtigt.⁴ Ferner können öffentliche Rechte eine Haftung begründen, die Eingriffe, Bindungen oder Beschränkungen auferlegen, es sei denn, dass sie aus Gründen des Gemeinwohls bestehen und vom Verkäufer nicht beseitigt werden können.⁵ Auch das Fehlen zentraler Rechte wird teilweise der Rechtsmängelhaftung unterstellt, zum Beispiel ein nicht bestehendes Bohrrecht eines Erdölunternehmens⁶.

Hingegen scheidet eine Haftung für Rechtsmängel wegen unerwarteter Verbindlichkeiten des verkauften Unternehmens aus, weil der Verkäufer seiner Rechtsverschaffungspflicht in vollem Umfang nachgekommen ist.⁷ Das gilt laut BGH auch, wenn das Unternehmen sich als überschuldet oder konkursreif erweist, solange noch kein Konkursantrag gestellt ist und der Betrieb den Charakter eines werbenden Unternehmens noch nicht verloren hat.⁸

4. *Palandt – Putzo* § 434 Rn. 4, 5 m.w.N.

5. BGHZ 67, 134; BGH NJW 1983, 275; *Palandt – Putzo* § 434 Rn. 6.

6. RGZ 86, 146.

7. BGH WM 1980, 1006.

8. *Hiddemann* ZGR 1982, 435, 446.

Festzuhalten ist, dass die Gesetzesanwendung für einen unbefangenen Rechtswender allein im Hinblick auf § 434 BGB möglich ist. Dies deckt allerdings nur den in der Praxis eher unwichtigen Aspekt der Rechtsmängel ab.

3. Rechtsprechung und Schrifttum

Der Wortlaut des Gesetzes lässt offen, welcher Natur ein Unternehmenskaufvertrag ist und wie der Verkäufer für substantielle Mängel des Unternehmens haftet. Folglich ist in Rechtsprechung und Lehre nach Hilfestellungen zu suchen.

a) Rechtsnatur des Vertrags

Das Reichsgericht (RG) vertrat, dass ein Handelsgewerbe sich als Kaufgegenstand weder unter den Begriff der Sache noch unter den des Rechts subsumieren lasse.⁹ In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um den Verkauf eines Fisch- und Delikatessengeschäfts samt Kundschaft, Vorräten und Ladeninventar. Ein Unternehmenskauf durch Erwerb von Einzelvermögenswerten sei folglich kein Kauf von Sachen oder Rechten. Aus diesem Grund wendete das Reichsgericht die §§ 433, 459 ff. und § 437 BGB nicht direkt auf einen “asset deal” an.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat sich nicht ausdrücklich mit der dogmatischen Frage nach der Rechtsnatur des Unternehmenskaufvertrages befasst. Er beruft sich darauf, dass die Anwendung des Kaufrechts nach ständiger Rechtsprechung unproblematisch sei.¹⁰ Wie ein Unternehmen als Kaufgegenstand einzuordnen sei, könne dahinstehen, da es jedenfalls als veräußerbares Gut anzusehen sei.¹¹ Unklar bleibt, ob der BGH die Normen des Kaufrechts direkt oder nur analog anwendet.

Im Schrifttum gehen die Ansichten schon bei der Frage auseinander, welcher Rechtsnatur ein Vertrag über einen “asset deal” ist. Diese Frage stellt sich, weil das deutsche Zivilrecht von einer Typologie ausgeht, die Verträge je nach ihrem Pflichteninhalt unterscheidet.

9. RGZ 63, 57, 59 ff.

10. BGHZ 65, 246, 248; BGH NJW 1977, 1538; BGH NJW 1979, 33.

11. BGH NJW 1968, 392.

Teilweise geht man davon aus, dass ein Kauf in direkter Anwendung des § 433 BGB vorliegt.¹² Wenn dabei überhaupt der Frage nachgegangen wurde, ob das Unternehmen im Sinne von § 433 BGB als Sache oder als Recht anzusehen ist, wick man früher auf unklare Klassifizierungen wie „Verkehrsgegenstand trotz seiner unsubstanziellen Natur“¹³ oder „höher[e], unternehmensrechtliche Begriffsreihe“¹⁴ aus. Ebenso vage ist die Qualifikation als „Sach- und Rechtsgesamtheit“¹⁵ oder als „betriebsfähige Einheit von Sachen und Rechten mit zentralen Außenbeziehungen“¹⁶. Mitunter wird ein Unternehmen im Hinblick auf den deliktsrechtlichen Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs als „sonstiges Recht“ gemäß § 823 Abs. 1 BGB als Recht im Sinne von § 433 Abs. 1 BGB betrachtet.¹⁷ Teilweise lässt man unter Hinweis auf § 445 BGB offen, ob ein Unternehmen als Sache oder Recht einzuordnen ist.¹⁸ Diese Norm erklärt § 433 BGB für sämtliche Verträge entsprechend anwendbar, durch die ein Gegenstand gegen Entgelt veräußert wird.

Vereinzelt findet sich die Ansicht, dass über den Wortlaut des Gesetzes hinaus als Kaufvertrag jeder Vertrag zu verstehen sei, mit dem versprochen wird, einen Wert aus einem Vermögen in ein anderes Vermögen zu verschieben.¹⁹ Abweichend wird vertreten, beim Unternehmenskauf handele sich um einen Dienstvertrag,²⁰ Werkvertrag²¹ oder Innominatvertrag²². Alternativ wird auf § 157 BGB verwiesen²³, der den Abschluss von Verträgen *sui generis* gestattet.

12. *Angermann* S. 11, 70 ff.; *Baur/Stürner* S. 325; *Hommelhoff* S. 18 f.; *Kl. Müller* Rn. 233.

13. *Binder* S. 34.

14. *Oppikofer* S. 144 f.

15. *Beisell/Klumpp* S. 3 f.; *Hiddemann* ZGR 1982, 435, 438.

16. *MüKo/HGB – Lieb* Anh. § 25 Rn. 53.

17. *Hubmann* ZHR 117 (1955), 41, 55 ff.

18. *Capelle/Canaris* S. 131.

19. *Hommelhoff* ZHR 140 (1976), 271, 273.

20. *Kleckow* S. 33 f. zitiert nach *Hommelhoff* ZHR 140 (1976), 271, 273 Fn. 10.

21. *Gieseke* S. 42/612.

22. *Simon* ZHR 24 (1879), 91 ff.

23. *Heck* S. 141, 288.

b) Gewährleistungsrecht

In der Literatur herrscht Uneinigkeit hinsichtlich der Frage, ob das gesetzliche Sachmängelgewährleistungsrecht auf einen “asset deal” angewendet werden kann. Nur wenige Vertreter des Schrifttums wenden die §§ 459 ff. BGB direkt an.²⁴ Andere lehnen dies wegen des engen Wortlauts der Normen ab und halten allenfalls den Weg einer Analogie für gangbar.²⁵ Wieder andere befinden die §§ 459 ff. BGB für gänzlich ungeeignet und suchen Lösungswege außerhalb des Gesetzes.²⁶

4. Zwischenergebnis

Aus dem kodifizierten deutschen Gesetzesrecht lässt sich selbst unter Berücksichtigung der in Rechtsprechung und Schrifttum zu findenden Ansätze kein eindeutiges Gewährleistungsregime für den “asset deal” herauslesen. Die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale sind nicht flexibel genug, um den Kaufgegenstand „Unternehmen” erfassen zu können. Dieser Befund veranlasst zu der Untersuchung, welche Analogien oder dogmatische Hilfskonstruktionen nach deutschem Recht herangezogen werden können.²⁷

II. “share deal”

Für den Unternehmenskauf durch Beteiligungserwerb gelten ähnliche Erwägungen. Bei der Darstellung wird wiederum zunächst die Perspektive eines nicht mit dem deutschen Recht vertrauten Betrachters imitiert, bevor die Positionen von Rechtsprechung und Schrifttum erörtert werden.

1. Subsumtion unter den Gesetzestext

Auch beim “share deal” fällt das Augenmerk zunächst auf die gesetzlichen Vorschriften der §§ 433, 459 ff. BGB, weil bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ebenso wie beim “asset deal” letztlich das Unternehmen als solcher Kaufgegenstand ist. Bezüglich der Anwendbarkeit des § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB dürfte eine hypothetische, laienhafte Subsumtion daher ähnlich verlaufen wie oben für den “asset deal” beschrieben.²⁸

24. *Erman – Grunewald* § 433 Rn. 21; *Soergel – Huber* § 459 Rn. 260; *Staub – Brüggemann* § 377 Anm. 5.

25. Siehe unten Abschnitt B.I.2. ab Seite 36.

26. Siehe unten Abschnitt C. ab Seite 55.

27. Siehe unten in den Abschnitten B. und C. ab Seite 34 bzw. Seite 55.

Konzentriert sich der Rechtsanwender stattdessen auf die Geschäftsanteile als Kaufgegenstand, lässt sich der vom allgemeinen Sprachgebrauch her keineswegs unausweichliche Schluss ziehen, dass die zu verkaufenden Geschäftsanteile „Rechte“ im Sinne von § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB sind. Das führt dazu, dass ein “share deal” mit Hilfe des Gesetzestexts als Rechtskauf eingeordnet werden kann.

Je nachdem, welcher Betrachtungsweise man den Vorzug gibt, bieten sich unterschiedliche Gewährleistungsvorschriften zur Lösung des Haftungsproblems an. Behandelt man auf der Basis einer wirtschaftlich orientierten Gesamtbetrachtung das Unternehmen als Kaufobjekt, gilt es wie beim “asset deal” zu klären, ob die den Erwerb einer Sache voraussetzenden §§ 459 ff. BGB anwendbar sind.²⁹ Stellt man den Erwerb der Geschäftsanteile als „Rechte“ in den Vordergrund, bietet das Gesetz § 437 BGB zur Orientierung an. Indes macht schon der Wortlaut dieser Norm deutlich, dass nur für den Bestand der Rechte *per se* gehaftet wird. Welche Gewährleistungsansprüche der Käufer von Geschäftsanteilen bei Mängeln des Unternehmens selbst geltend machen kann, wird aus den kodifizierten Normen nicht ersichtlich.

2. Rechtsprechung und Schrifttum

Rechtsprechung und Schrifttum sind sich weitgehend darüber einig, dass ein “share deal” nach dem Gesetzeswortlaut als Rechtskauf einzuordnen ist.

a) Rechtskauf

Obwohl ein “share deal” bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Verfügung über die Vermögensgegenstände der Gesellschaft bezwecke, nahm das Reichsgericht an, juristisch handele sich allein um einen Rechtskauf.³⁰ Das entspricht der Position des Bundesgerichtshofs.³¹

28. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen oben ab Seite 24 verwiesen.

29. Siehe oben ab Seite 24.

30. RGZ 86, 146, 148.

31. Zuletzt bestätigt in BGH NJW 1998, 2360.

In anderen Entscheidungen wurde wegen der Pflicht zur Übereignung einer gegebenenfalls existierenden Anteilsurkunde zugleich ein Sachkauf angenommen.³² Für Fragen der Gewährleistungshaftung ist dies allerdings unerheblich, weil sich ein solcher Sachkauf nur auf eine gegebenenfalls ausgehändigte Anteilsurkunde richtet, deren Fehlerhaftigkeit regelmäßig wirtschaftlich belanglos ist. Auch im Schrifttum werden beide Auffassungen vertreten.³³

b) **Rechtsmängelhaftung**

Die Einordnung des “share deal” als Rechtskauf in direkter Anwendung des § 433 BGB bringt es mit sich, dass die Gewährleistungshaftung sich prinzipiell nach den Grundsätzen des Rechtsmängelrechts richtet.³⁴

Als gesetzliche Grundlage für eine Haftung für Mängel verkaufter Mitgliedschaftsrechte kommen § 434 und § 437 BGB in Betracht.

i) **Haftung gemäß § 434 BGB**

Lasten auf dem verkauften Mitgliedschaftsrecht Rechte Dritter, ist der Verkäufer gemäß § 434 BGB verpflichtet, den Käufer von diesen Rechten zu befreien.

ii) **Veritätshaftung gemäß § 437 BGB**

Der 2. Zivilsenat des Reichsgerichts ging davon aus, dass beim Verkauf von Anteilen einer unternehmenstragenden Gesellschaft nur eine Haftung nach § 437 BGB in Betracht komme, selbst wenn sämtliche existierenden Anteile verkauft werden.³⁵ Ein Rechtsmangel im Sinne dieser Norm wird beispielsweise angenommen, wenn statt der Anteile an einer verbenden Gesellschaft solche an einer in Liquidation befindlichen übertragen werden.³⁶

32. RGZ 59, 240, 241; 109, 294, 297.

33. Reiner Rechtskauf: *Hiddemann* ZGR 1982, 435, 438; *Larenz* Schuldrecht BT II/1 S. 169. Auch Sachkauf: *Huber* ZGR 1972, 395.

34. Im Vorgriff auf die Ausführungen in Abschnitt B.II.1. ab Seite 50 sei schon hier darauf hingewiesen, dass auf den Anteilskauf unter bestimmten Voraussetzungen ebenso wie auf einen “asset deal” die Regeln der Sachmängelgewährleistung analog angewendet werden.

35. RGZ 86, 146, 148.

36. *Palandt – Putzo* § 437 Rn. 10.

Das findet auch bei Teilen der Literatur Zustimmung: Gemäß § 437 BGB hafte der Verkäufer für das Bestehen des verkauften Mitgliedschaftsrechts und dafür, dass es die versprochenen rechtlichen Eigenschaften aufweist.³⁷ Das erfasst beispielsweise die Höhe der Gewinnbeteiligung, den Umfang des Stimmrechts und den Umfang der schon geleisteten Einlagen.³⁸

Die Gewährleistung auf der Grundlage des § 437 BGB ist insofern stark eingeschränkt, als nur für die Verität, nicht aber für die Bonität des verkauften Rechts gehaftet wird. Über die Haftung gemäß §§ 434, 437 BGB hinaus sieht das Gesetz keine Haftung für Mängel des Unternehmens und seines wirtschaftlichen Substrats vor.

Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre ziehen daraus die Schlussfolgerung, dass der Verkäufer von Gesellschaftsanteilen allein aufgrund des Kaufvertrages nicht für die Beschaffenheit des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens einstehen muss.³⁹ Das wird damit begründet, dass nicht das Unternehmen, sondern die Mitgliedschaftsrechte Gegenstand des Kaufvertrages sind. Mängel des Unternehmens haften nicht den Mitgliedschaftsrechten an;⁴⁰ sie wirken sich lediglich nachteilig auf die Bonität des Rechts aus, für die der Verkäufer aber gemäß §§ 437, 438 BGB nicht einstehen muss. § 438 BGB verdeutliche, dass eine Haftung für Mängel des Unternehmenssubstrats allenfalls aufgrund eines Garantievertrags möglich sei.⁴¹ Wandelung oder Minderung kommen nach dieser Auffassung als Gewährleistungsrechte nicht in Betracht, weil sie gemäß §§ 459 ff. BGB nur für den Sachkauf gelten. Eine Haftung für Mängel des Unternehmenssubstrats komme allenfalls in Betracht, wenn eine Zusicherung oder eine besondere vertragliche Garantie abgegeben wurde.⁴²

37. *Pröls* ZIP 1981, 337.

38. *Pröls* ZIP 1981, 337.

39. RGZ 100, 200; 122, 378, 380; *Larenz* Schuldrecht BT II/1 S. 159 ff.; *Wiedemann* FS Nipperdey, Bd. I, 815, 823 f, 831.

40. BGHZ 65, 246, 250.

41. RGZ 59, 240; 122, 378, 380 ff.; *Huber* ZGR 1972, 395, 400.

42. RGZ 59, 240; 122, 378, 380 ff.

Im Schrifttum wird unter Berufung auf eine teleologische Reduktion teilweise vertreten, dass die Einschränkung auf eine Veritätshaftung beim “share deal” nicht gelte: Die Restriktion auf eine Veritätshaftung beruhe auf der Vorstellung, dass der Veräußerer einer Forderung nicht für die Leistungsfähigkeit des Drittschuldners haften solle. Beim Unternehmenskauf gehe es hingegen um die Veräußerung eigener Geschäftsanteile, bei der der Verkäufer seinem Unternehmen näher stehe als ein Gläubiger seinem Schuldner.⁴³

Andere argumentieren, dass die Eigenschaften des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens zwar keine Eigenschaften der gekauften Gesellschaftsanteile in ihrer Qualität als Sache darstellen, wohl aber Eigenschaften der Anteile in ihrer Qualität als Recht.⁴⁴ Daher solle § 437 BGB auch auf Mängel des Unternehmenssubstrats Anwendung finden. Außerdem sei im Falle der Zusicherung sonstiger Eigenschaften des Unternehmens ein besonderer, den Rechtskauf begleitender Garantievertrag anzunehmen.⁴⁵ Werden danach rechtliche Eigenschaften des Unternehmens zugesichert, zum Beispiel die Freiheit der Unternehmensgrundstücke von Belastungen oder das Vorhandensein bestimmter gewerblicher Schutzrechte, hafte der Verkäufer sowohl aus §§ 437 oder 434 BGB als auch aus Garantievertrag.⁴⁶ Diese Ansprüche verjähren gemäß § 195 BGB in dreißig Jahren.⁴⁷

3. Zwischenergebnis

Allein mit Hilfe des Gesetzestextes ist es nicht möglich, eine Haftung des Verkäufers von Anteilen an einer unternehmenstragenden Gesellschaft für Defizite des Unternehmens oder seines Substrats zu begründen. Deshalb muss sich der Rechtsanwender der Frage zuwenden, welche Analogien und dogmatischen Hilfskonstruktionen im deutschen Recht zur Problemlösung herangezogen werden.

43. *Hommelhoff* ZGR 1982, 366, 371; *Lieb* FS Gernhuber, 259, 275.

44. *Huber* ZGR 1972, 395, 401.

45. *Huber* ZGR 1972, 395, 400 unter Hinweis auf RGZ 100, 200.

46. *Huber* ZGR 1972, 395, 400.

47. Siehe dazu *Holzapfel/Pöllath* Rn. 455; *Hölters – Semler* VI Rn. 122; *Staudinger – Honsell* § 477 Rn. 10.

B. Analogien

Mangels direkter Anwendbarkeit der gesetzlichen Normen ist eine analoge Anwendung in Erwägung zu ziehen. Bei der Analogiebildung wenden deutsche Juristen eine Methode an, die nicht gesetzlich verankert ist. Spätestens hier erweist sich die Hypothese als irrig, dass in Deutschland die Rechtsfindung durch simple Anwendung kodifizierten Rechts vor sich geht. Die Kenntnis außergesetzlicher Rechtsquellen ist unerlässlich, da die methodischen Grundlagen korrekter Analogiebildung dem wissenschaftlichen Schrifttum zu entnehmen sind.

Analogien sind danach nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist.⁴⁸ Ferner ist erforderlich, dass der gesetzlich nicht geregelte Sachverhalt dem gesetzlich geregelten in den für die gesetzliche Bewertung maßgeblichen Punkten ähnlich und deshalb gleich zu bewerten ist.⁴⁹

Folglich hängt es von einer wertenden Entscheidung ab, ob bestimmte gesetzliche Normen analog angewendet werden oder nicht. Diese kann unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob ein “asset deal” oder ein “share deal” in Rede steht. Für die Wertung ist ferner ausschlaggebend, wie man die Interessenlage zwischen Unternehmenskäufer und -verkäufer würdigt. Macht man sich bewusst, dass es mannigfaltige Möglichkeiten gibt, die Interessen der Parteien im Verhältnis zueinander zu gewichten, erstaunt nicht, dass in Rechtsprechung und Literatur eine außergewöhnlich große Meinungsvielfalt anzutreffen ist. Aus der Fülle der vertretenen Positionen werden im Rahmen dieser rechtsvergleichenden Arbeit nur einige herausgegriffen, um die Tragweite des akademischen Streits zu veranschaulichen.

I. “asset deal”

Die Rechtsprechung und große Teile des Schrifttums versuchen, die rechtlichen Probleme des Unternehmenskaufs im Wege des Erwerbs von Einzelvermögensgegenständen in Analogie zu § 433 BGB und §§ 459 ff. BGB zu lösen.

1. Analogie zu § 433 BGB

Voraussetzung für eine Analogiebildung im deutschen Recht ist zunächst, dass eine planwidrige Regelungslücke besteht.⁵⁰

48. *Bartholomeyczik* S. 81 ff.; *Bydlinski* S. 472 ff. *Pawlowski* wendet sich dagegen, dass die Zulässigkeit der Analogiebildung üblicherweise vom Vorhandensein einer Regelungslücke abhängig gemacht wird. Seiner Ansicht nach suggeriert diese formale Voraussetzung, dass das Recht allein oder zumindest vornehmlich durch staatliche Gesetze bestimmt werde. Diese Annahme werde jedoch von der modernen Rechtstheorie abgelehnt; vgl. *Pawlowski* Rn. 462.

49. *Larenz Methodenlehre* S. 381.

Das Vorliegen einer Regelungslücke ist vom Standpunkt des Gesetzes selbst zu beurteilen, anhand der ihm zugrundeliegenden Regelungsabsicht, der mit ihr verfolgten Zwecke und des gesetzgeberischen Plans.⁵¹ Fraglich ist, ob sich der Gesetzgeber bewusst dagegen entschieden hat, die Rechtsfolgen des Sachmängelrechts beim Kauf anderer Gegenstände als körperlicher Sachen anzuwenden.

Aus dem Umstand, dass § 433 BGB sich ausdrücklich nur auf den Kauf von Sachen und Rechten bezieht, könnte man im Wege eines *argumentum e contrario* ableiten, dass der nicht geregelte Kauf von Sach- und Rechtsgesamtheiten nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zulässig sein soll.⁵² Das würde bedeuten, dass die Regelungslücke dem gesetzgeberischen Plan entspräche und somit einer Ausfüllung durch Analogie nicht zugänglich wäre.

Wie sich aus den Erwägungen in den Protokollen zum BGB ergibt, hat sich der Gesetzgeber einer besonderen Regelung des Kaufs anderer Werte als Sachen und Rechte nicht enthalten, um ihn generell auszuschließen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten die Verkäuferpflichten in solchen Fällen aus dem Inhalt des Vertrags unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte hergeleitet werden. Auf eine Regelung wurde verzichtet, um die Normierung im Interesse der Rechtsklarheit überschaubar zu halten.⁵³

Folglich entspricht es dem gesetzgeberischen Plan, die Regelungslücke im Wege der Analogie auszufüllen. Dies bestätigt § 445 BGB, der die entsprechende Anwendung der §§ 433 ff. BGB für die Veräußerung eines beliebigen „Gegenstandes“ vorsieht. Das deutet darauf hin, dass das Kaufrecht auf die Veräußerung sämtlicher Objekte ausgelegt ist, die nach der Verkehrsauffassung handelbare Güter sind.⁵⁴ Der Erwerb eines Unternehmens geschieht auf schuldrechtlicher Ebene also durch einen Kaufvertrag. Einen unbefangenen Außenstehenden dürfte der Umstand verwundern, dass dieses vom allgemeinen Sprachgebrauch her selbstverständliche Ergebnis nach deutschem Recht überhaupt der Begründung bedarf.

50. *Bartholomeyczik* S. 81 f.; *Bydlinski* S. 473.

51. *Larenz Methodenlehre* S. 373.

52. So *Gieseke* S. 42.

53. Protokolle II, 2, S. 51 f.

54. *Hommelhoff* ZHR 140 (1976), 271, 273.

Das gilt um so mehr, als trotz der vermeintlichen Offensichtlichkeit des Ergebnisses nur in Nuancen divergierende Meinungen vertreten werden: Während einige Vertreter des Schrifttums § 433 BGB aufgrund der Verweisung in § 445 BGB entsprechend anwenden,⁵⁵ bevorzugen andere eine Analogie zu § 433 BGB.⁵⁶ Teilweise werden die analog angewendeten Normen des Kaufrechts um werkvertragliche⁵⁷ oder dienstvertragliche⁵⁸ Elemente ergänzt.

2. Analogie zu §§ 459 ff. BGB

Auf der Grundlage einer Analogie zu § 433 BGB liegt es nahe, auch die gesetzlichen Gewährleistungsregeln der §§ 459 ff. BGB analog heranzuziehen.

a) Regelungslücke

Fraglich ist im Hinblick auf die Analogievoraussetzung einer planwidrigen Regelungslücke⁵⁹, ob sich der Gesetzgeber bewusst dagegen entschieden hat, die Rechtsfolgen des Sachmängelrechts beim Kauf anderer Gegenstände als körperlicher Sachen anzuwenden.

Dafür wird das systematische Argument herangezogen, dass die Rechtsmängelgewährleistung sich sowohl auf den Sach- wie den Rechtskauf beziehe, während das Sachmängelrecht allein für den Sachkauf gelte.⁶⁰ Daraus soll folgen, dass der Gesetzgeber dem Kaufgegenstand anhaftende Mängel ausschließlich beim Kauf von Sachen im Sinne des § 90 BGB für beachtlich erklären wollte. Im Umkehrschluss wären dann einer verkauften Sach- und Rechtsgesamtheit anhaftende Mängel stets unbeachtlich.

55. *Capelle/Canaris* S. 131.

56. *Fikentscher* Rn. 657; *MüKo/HGB – Lieb Anh.* § 25 Rn. 7.

57. *Mittelbach* S. 48 ff.

58. *Rittner* Staatslexikon Sp. 1166.

59. *Bartholomeyczik* S. 81 f.; *Larenz Methodenlehre* S. 373.

60. *Zimmer* NJW 1997, 2345, 2349.

Gegen diese Argumentation sprechen wiederum die oben⁶¹ angestellten Erwägungen in den Protokollen zum BGB. Ferner deuten § 469 BGB sowie der Umstand, dass § 445 BGB die entsprechende Anwendung der §§ 433 ff. BGB für die Veräußerung eines „Gegenstandes“ vorsieht, darauf hin, dass das Kaufrecht auf die Veräußerung von ihrer Natur nach beliebigen Objekten ausgelegt ist.

Somit liegt in der Nichtregelung keine bewusste Absage des Gesetzgebers an eine Regelung der mit dem Kauf von Sachgesamtheiten wie Unternehmen verbundenen Fragen. Es liegt folglich eine planwidrige Regelungslücke vor. In diesem Punkt sind sich die Rechtsprechung und weite Teile des Schrifttums noch einig.⁶²

b) Vergleichbarkeit: Sache und Unternehmen

Damit die Regelungslücke durch eine Analogie zu den §§ 459 ff. BGB geschlossen werden kann, muss die gesetzlich geregelte Lage mit der nicht geregelten Lage vergleichbar sein.⁶³ Der ungeregelte Sachverhalt muss dem geregelten in wesentlicher Hinsicht so ähnlich sein, dass eine Anwendung der Norm gerechtfertigt erscheint.⁶⁴

Darüber, ob diese zweite Voraussetzung einer Analogie erfüllt ist, gehen die Meinungen auseinander. Die entscheidende Frage liegt darin, ob man eine Sache und ein Unternehmen in einem für den Analogieschluss ausreichenden Maße als vergleichbar ansehen kann. Wie die zur Beantwortung dieser Frage erforderliche Wertungsentscheidung zu treffen ist, wird heftig diskutiert.

i) Rechtsprechung

Das Reichsgericht hat die Vergleichbarkeit von Unternehmen und Sache als Kaufgegenstand im Jahre 1906 damit begründet, dass „Verkehrsanschauung und Verkehrsbedürfnis“ eine analoge Anwendung des Sachmängelrechts auf den Kauf eines Handelsgewerbes erforderten. Die Beschränkung der §§ 459 ff. BGB auf körperliche Sachen habe „keine derart ausschließliche Tragweite, dass nicht auch sie – ganz oder teilweise – auf eine Veräußerung gegen Geld – einen ‚Kauf‘ – solcher Güter, die nicht körperliche Sachen, aber auch keine Rechte sind, analog angewendet wer-

61. Siehe Seite 35.

62. *Zimmer* NJW 1997, 2345, 2349.

63. *Bartholomeyczik* S. 84.

64. *Bydlinski* S. 472 ff.; *Larenz Methodenlehre* S. 381; *Pawlowski* Rn. 453 ff., 461 ff.

den können“.⁶⁵ Die Regelung der §§ 459 ff. BGB sei weniger davon bestimmt, dass es sich beim Kaufgegenstand um eine körperliche Sache handle als davon, zwischen den widerstreitenden Interessen des Käufers und des Verkäufers einen billigen Ausgleich zu schaffen.⁶⁶

Diese Gedankenführung wird im Schrifttum als *petitio principii* abgelehnt. Dass es zum Interessenausgleich nicht zwingend einer gesetzlichen Gewährleistungshaftung bedürfe, zeige sich daran, dass das geltende Recht bei anderen Verträgen über unkörperliche Gegenstände wie Dienstverträge überhaupt keine Gewährleistungshaftung kenne; auch für den Rechtskauf sei zumindest keine Bonitätshaftung vorgesehen.⁶⁷

Den Analogieschluss rechtfertigte das Reichsgericht mit dem Interesse der Rechts- und Verkehrssicherheit.⁶⁸ Diesem Interesse entspreche die Anlehnung an eine positiv-rechtliche Regelung besser als die von der Auffassung des Augenblicks abhängige Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Auch eine durch künstliche Auslegung erst zu gewinnende stillschweigende Vereinbarung eines Rücktrittsrechts, eine stillschweigende Bedingung des Fehlens eines solchen Mangels werde dem Bedürfnis nach Rechts- und Verkehrssicherheit nicht gerecht. Dem Interesse des Käufers genüge es nicht, ihn „auf den zweifelhaften Schutz des § 157 BGB oder einer schwer zu beweisenden arglistigen Täuschung zu verweisen“.⁶⁹

Wenn auch das von der Rechtsprechung verfolgte Anliegen, Rechtssicherheit zu schaffen, uneingeschränkt begrüßt wird, so hat die während der letzten Jahrzehnte praktizierte Lösung über die Analogie zum Sachmängelrecht dieses Ziel jedoch vollständig verfehlt. Sie hat vielmehr zu einem „Meinungschaos“⁷⁰ im Schrifttum

65. RGZ 63, 57, 60.

66. RGZ 67, 86, 89 f.

67. *Canaris ZGR* 1982, 395, 397 f.

68. RGZ 67, 86, 89.

69. RGZ 67, 86, 90.

70. *Baur BB* 1979, 381, 382.

und einem „zunehmend verworrenen Zustand“⁷¹ in der Rechtsprechung geführt. Das hängt damit zusammen, dass die Analogie zu den §§ 459 ff. BGB von der Rechtsprechung zunächst durch die Grundsätze der *culpa in contrahendo* ergänzt wurde und später mehr und mehr von ihr verdrängt wurde.

ii) Schrifttum

Die Wertung der Rechtsprechung, ein Unternehmen sei mit einer Sache vergleichbar, wird unter anderem mit den folgenden Überlegungen angegriffen: Ein Unternehmen sei in seiner Gesamtheit weitaus komplexer als eine Sache, weil es sich aus einer Vielzahl von Sachen, Rechten und unkörperlichen Geschäftswerte zusammensetze.⁷² Als lebendiger sozialer Organismus befinde sich ein Unternehmen in ständiger dynamischer Veränderung,⁷³ während der Zustand einer Sache normalerweise statisch sei. Dies erschwere zudem die Feststellung von Fehlern bei einem Unternehmen.⁷⁴ Ferner werde ein Unternehmen maßgeblich durch die Tätigkeit seines Inhabers geprägt.⁷⁵ Eine Einstandspflicht für das fehlerlose Ergebnis einer Tätigkeit unterscheide sich aber grundlegend von einer Einstandspflicht für die Mangelfreiheit einer Sache.⁷⁶ Eine Analogie zwischen Unternehmen und Sachen sei folglich nicht zu rechtfertigen.⁷⁷

Gegen eine Analogie zu §§ 459 ff. BGB wird ferner die Wertung angeführt, beim Unternehmenskauf handele es sich um ein Risikogeschäft, einen Kauf von Chancen und Risiken (*emptio spei*). Deshalb müsse der Käufer davon ausgehen, dass er nur im Rahmen ausdrücklicher Vereinbarung gesichert sei. Jegliche Haftungsverstärkung müsse sich auf den Kaufpreis auswirken. Zudem seien die §§ 459 ff. BGB als Endverbraucherregel konzipiert und deshalb nicht auf den komplexen Tatbestand der Unternehmensveräußerung übertragbar.⁷⁸

71. Schmidt S. 155 f.

72. Canaris ZGR 1982, 395, 399.

73. Canaris ZGR 1982, 395, 399; Zimmer NJW 1997, 2345, 2349.

74. Canaris ZGR 1982, 395, 399.

75. Canaris ZGR 1982, 395, 399.

76. Canaris ZGR 1982, 395, 399.

77. Canaris ZGR 1982, 395, 398 ff.; Zimmer NJW 1997, 2345, 2349.

78. Diskussionsbeiträge zum Kronberger Symposium 1982; zitiert nach Willemsen ZGR 1982, 391.

c) Fehlerbegriff

Befürwortet man trotz der Kritik eine Analogie zu den §§ 459 ff. BGB, gilt es weiter zu klären, welche Tatbestände des § 459 BGB im Wege dieser Analogie herangezogen werden können. Im Rahmen des § 459 Abs. 1 Satz 1 BGB ist fraglich, welche Umstände in der Qualität des verkauften Unternehmens einen Fehler darstellen.

Nach dem früher vom Reichsgericht verwendeten objektiven Fehlerbegriff liegt ein Fehler vor, wenn der verkaufte Gegenstand zum Nachteil des Käufers von der normalen Beschaffenheit eines Exemplars derselben Gattung abweicht.⁷⁹ Es ist jedoch problematisch, Merkmale eines Unternehmens unter diese Definition zu subsumieren, da es eine normale Beschaffenheit bei Unternehmen kaum geben kann. Gattungen von Unternehmen, die durch einen „normalen“ Umsatz oder Jahresgewinn gekennzeichnet sind, existieren nicht. Es gehört zum gewöhnlichen Zustand eines Unternehmens, dass einzelne Betriebsmittel oder Forderungen sich als fehlerhaft oder nicht existent herausstellen. Erst über das normale Maß hinaus kann die Rede davon sein, dass das Unternehmen als solches mangelhaft sein könnte.⁸⁰ Allerdings gibt es keinen Vergleichsmaßstab eines „normalen“ Unternehmens. Bei kleinen Betrieben geben die Eigenarten des Inhabers und der Beschäftigten dem Unternehmen ein besonderes Gepräge; große Unternehmen entwickeln durch ihre Größe eine Eigendynamik, die sie so von Konkurrenten unterscheidet, dass sich dafür der Begriff der „Unternehmenskultur“ eingebürgert hat. Deshalb ist jedes Unternehmen eher ein Einzelstück als eine Gattungssache. Bei manchen Unternehmen kann ein Zustand, der in anderen, besser geführten Unternehmen als untragbar angesehen würde, sogar den alltäglichen Normalzustand darstellen. Unbestritten ist, dass dies sich negativ auf den Wert eines Unternehmens auswirkt. Das allein rechtfertigt es jedoch noch nicht, von einem Fehler im objektiven Sinne zu sprechen.

Unter der Herrschaft des objektiven Fehlerbegriffs kam für die Rechtsprechung eine Anwendung des § 459 Abs. 1 BGB allenfalls im Hinblick auf die schlechte Qualität einzelner Gegenstände des unternehmerisch gebundenen Vermögens in Betracht. Bei enttäuschten Erwartungen des Käufers in Bezug auf die Werthaltigkeit des ganzen Unternehmens war die Rechtsprechung jedoch sehr zurückhaltend. Sie vertrat die Auffassung, weder das Fehlen der beim Kauf vorausgesetzten Ertragskraft bzw. -fähigkeit eines Unternehmens noch das Vorhandensein unerwar-

79. RGZ 97, 351, 352.

80. Vgl. *Canaris* ZGR 1982, 395, 399.

teter Schulden stelle einen Fehler des Unternehmens dar, weil weder sein Wert noch seine Gebrauchstauglichkeit dadurch unmittelbar beeinträchtigt würden.⁸¹ Das zeige sich daran, dass die bisherige Ertragslage keinen zuverlässigen Bewertungsfaktor für die künftige Ertragsentwicklung des Unternehmens abgeben könne, weil sie durch Faktoren beeinflusst werde, die außerhalb der Sphäre des Unternehmens liegen. Zudem sei die künftige Entwicklung maßgeblich durch die unternehmerischen Fähigkeiten des jeweiligen Inhabers bestimmt.⁸² Auf der Grundlage des objektiven Fehlerbegriffs war diese Auffassung folgerichtig und in sich schlüssig.

Jedoch haben sowohl die Rechtsprechung als auch die ganz herrschende Meinung in der Literatur den rein objektiven Fehlerbegriff aufgegeben. Nach dem subjektiv-objektiven Fehlerbegriff liegt ein Fehler vor, wenn die tatsächliche Beschaffenheit der gekauften Sache in für den Käufer nachteiliger Weise von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit abweicht.⁸³ Maßgeblich ist grundsätzlich der vertraglich vorausgesetzte besondere Zweck, Gebrauch oder Zustand der Kaufsache. Nur wenn keine vertragliche Vereinbarung getroffen wurde, kommt es auf die Abweichung vom gewöhnlichen Zustand derartiger Kaufgegenstände im allgemeinen an.⁸⁴ Als Beschaffenheit sind körperliche, physische Eigenschaften anzusehen und die voraussichtlich dauerhaften tatsächlichen, rechtlichen, sozialen oder wirtschaftlichen Beziehungen der Sache zu ihrer Umwelt, die nach der Verkehrsauffassung Wert und Brauchbarkeit der Sache beeinflussen.⁸⁵

Damit besteht an sich kein Hindernis mehr, auch solche Merkmale durch vertragliche Abrede zu einer gewährleistungsrelevanten Beschaffenheit zu machen, die nur bei dem konkreten Kaufgegenstand anzutreffen sind. Es stellt sich also nicht mehr die (aus obigen Gründen nicht zu beantwortende) Frage, ob das Fehlen bestimmter Merkmale vom durchschnittlichen Normalzustand eines Unternehmens abweicht. Vielmehr verschiebt sich die Fragestellung dahingehend, ob diese Merkmale, auch wenn sie vertraglich vereinbart worden sind, überhaupt Teil der Beschaffenheit eines Unternehmens sein können.

81. RGZ 67, 86, 87; 100, 200, 204; 146, 120, 124; BGH WM 1970, 819, 821.

82. RGZ 67, 86 ff.

83. BGH NJW-RR 1995, 364.

84. Statt aller *Palandt – Putzo* § 459 Rn. 8.

85. RGZ 52, 1, 2; *Flume* S. 119; *Immenga* AcP 171 (1971), 1, 17; *Palandt – Putzo* § 459 Rn. 8; *Soergel – Huber* § 459 Rn. 23 ff.

Unproblematisch erscheint dies im Hinblick auf Merkmale, die im Unternehmen selbst begründet sind. Dazu zählen zum Beispiel der Betriebsstandort, der Kundenkreis, Art und Umfang des Maschinenparks sowie das Barvermögen.⁸⁶ Problematisch ist hingegen weiterhin die Behandlung von Umständen, die auch durch Faktoren geprägt werden, die außerhalb des Unternehmens selbst liegen. Das betrifft vor allem Angaben über die allgemeine Ertragskraft bzw. Ertragsfähigkeit, Umsatz, Ertrag, Höhe der Verbindlichkeiten und Bilanz- und Statusangaben. In diesen Punkten besteht nach wie vor Uneinigkeit zwischen der Rechtsprechung, die den Anwendungsbereich der gesetzlichen Vorschriften bewusst restriktiv auslegt⁸⁷, und Teilen des Schrifttums.⁸⁸ Wegen der aus dem Meinungsstreit resultierenden Unsicherheit liegen hier problematische Bereiche, die es durch Vertragsabreden abzudecken gilt. Im Rahmen der vergleichenden Darstellung des objektiven Rechts wird an dieser Stelle darauf verzichtet, sämtliche vertretenen Positionen im Detail darzustellen⁸⁹; maßgeblich ist vor allem die Erkenntnis, dass das kodifizierte deutsche Recht diese für die Praxis bedeutsamen Fragen nicht zufriedenstellend zu lösen in der Lage ist.

d) Begriff der zusicherungsfähigen Eigenschaft

Ähnliche Subsumtionsprobleme stellen sich beim Eigenschaftsbegriff in § 459 Abs. 2 BGB. Eigenschaften sind dem Unternehmen auf gewisse Dauer anhaftende tatsächliche und rechtliche Merkmale, die für den Wert, den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch oder aus sonstigen Gründen für den Käufer erheblich sind.⁹⁰ Die Rechtsprechung behandelt beispielsweise die *Ertragsfähigkeit* als zusicherungsfähige Eigenschaft.⁹¹

86. G. Müller ZHR 147 (1983), 501, 521.

87. Hiddemann ZGR 1982, 435, 447. Eine detaillierte Aufschlüsselung der relevanten gerichtlichen Entscheidungen findet sich bei Holzapfel/Pöllath Rn. 409 ff.

88. Baur BB 1979, 381, 384; G. Müller ZIP 1993, 1045, 1049 ff.; Pröls ZIP 1981, 337, 342 f. sowie besonders detailliert Hommelhoff S. 31 ff., 59 ff.

89. Zusammenfassende Darstellungen finden sich bei Grunewald S. 86 ff. und Kantenwein S. 4 ff.

90. RGZ 138, 354, 356; BGHZ 87, 302, 306; 114, 263, 266.

91. BGH NJW 1959, 1584, 1585; BGH WM 1970, 132, 133; BGH WM 1988, 124, 125.

Im übrigen wird insbesondere im Hinblick auf das Erfordernis des „dauerhaften Anhaftens“ kontrovers diskutiert, welche wirtschaftlich bedeutsamen Angaben über ein Unternehmen unter den Begriff der Eigenschaften subsumiert werden können. Das betrifft vor allem Angaben über den tatsächlichen Ertrag in der Vergangenheit, den Umsatz und die Verbindlichkeiten des Unternehmens.⁹²

Wie Mängel einzelner zum Betriebsvermögen gehörender Sachen zu behandeln sind, ist so problematisch, dass *Lieb* von einem „besonders dunkle[n] Kapitel der Gewährleistung beim Unternehmenskauf“ spricht.⁹³ Ebenso heftig umstritten ist die Frage, wie Rechtsmängel an einzelnen Gegenständen im Sachsubstrat des Unternehmens zu behandeln sind.⁹⁴

Auch diese Problembereiche werden in der Praxis durch vertragliche Vereinbarungen abgedeckt, um der auf der unklaren Rechtslage beruhenden Unsicherheit abzu- helfen. Dazu bedient man sich insbesondere selbständiger Garantieverprechen.⁹⁵

3. Haftungsausschluss analog § 460 BGB

Die Vertreter des Schrifttums, die eine Analogie zu den §§ 459 ff. BGB bejahen, ziehen in der Regel auch § 460 BGB analog heran.⁹⁶ Dafür spricht, dass das gesetzliche Gewährleistungsrecht für Sachmängel in §§ 459 ff. BGB ein in sich geschlossenes Gesamtsystem darstellt, dessen Gleichgewicht gerade auf dem fein aufeinander abgestimmten Verhältnis zwischen haftungsbegründenden und haftungsausschließenden Tatbeständen beruht.

Nach dieser Auffassung ist die Haftung des Verkäufers analog § 460 Satz 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Käufer die wirkliche Beschaffenheit des verkauften Unternehmens kennt. Gleiches gilt analog § 460 Satz 2 BGB auch dann, wenn die wirkliche Beschaffenheit dem Käufer infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, es sei denn, der Verkäufer hat arglistig gehandelt oder eine Zusiche-

92. Detaillierte Abhandlungen dieser Problematik bieten *Baur* BB 1979, 381; *Grunewald* ZGR 1981, 622; *Mössle* BB 1983, 2146 und *G. Müller* ZHR 147 (1983), 501.

93. MüKo/HGB – *Lieb* Anh. § 25 Rn. 92 ff. mit ausführlicher Darstellung des Streitstandes.

94. MüKo/HGB – *Lieb* Anh. § 25 Rn. 143 ff. m.w.N.

95. Siehe unten ab Seite 72.

96. *Huber* ZGR 1972, 395, 415.

rung abgegeben. § 460 BGB regelt die Auswirkungen von Kenntnis oder schuldhafter Unkenntnis des Käufers von einem Mangel auf Gewährleistungsansprüche nach Sachmängelrecht abschließend; ein Mitverschulden gemäß § 254 Abs. 1 BGB kommt daneben nicht in Betracht.⁹⁷

Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass professionelle Käufer üblicherweise nach dem Vorbild der englischen und amerikanischen M & A-Praxis vor Unterzeichnung des Kaufvertrags eine rechtliche und wirtschaftliche Prüfung des zu erwerbenden Unternehmens durchführen.⁹⁸ In Anlehnung an den bei der Prüfung zu beachtenden Sorgfaltsmaßstab bezeichnet man diese allgemein mit dem englischen Begriff „due diligence review“ oder kurz „due diligence“.⁹⁹ Eine derartige sorgfältige Prüfung hat die Konsequenz, dass etwaige Gewährleistungsrechte des Käufers um so mehr beschränkt werden, je mehr Mängel des Zielunternehmens er herausfindet.¹⁰⁰ Englischen Vorbildern folgende Klauseln, die einen Haftungsausschluss nach § 460 BGB auf ausdrücklich im Vertrag erwähnte Umstände beschränken, werden im Schrifttum für rechtlich unbeachtlich gehalten.¹⁰¹ Daher wäre aus Sicht des Käufers möglicherweise eine weniger gründliche Prüfung ratsam, zumal ihn grundsätzlich keine Untersuchungsobliegenheit trifft.¹⁰² Allerdings stellt sich dann die Frage, ob es dem Käufer gemäß § 460 als haftungsausschließende, grob fahrlässige Unkenntnis entgegengehalten werden kann, wenn er bei der Prüfung Umstände übersehen hat, die eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers begründen. Grobe Fahrlässigkeit wäre insbesondere zu bejahen, wenn die Untersuchung beim Kauf von Sachen der betreffenden Art sich als Verkehrssitte etabliert hätte.¹⁰³ Das lässt sich nur dann annehmen, wenn es sich um eine im Verkehr der beteiligten Kreise herrschende tatsächliche Übung handelt, die eine gewisse Festigkeit erlangt hat.¹⁰⁴ Obwohl heute zumindest bei mittleren und größeren M & A-Transaktio-

97. BGH WM 1978, 1175.

98. *Picot* I Rn. 9; *Schwerdtfeger/Kreuzer* BB 1998, 1801.

99. Englisch für „gebührende Sorgfalt, im Verkehr erforderliche Sorgfalt“, *Dietl/Lorenz* S. 261. Der Begriff entstammt dem US-amerikanischen Kapitalmarkt- und Anlegerschutzrecht; vgl. *Berens/Brauner* S. 6 ff.

100. *Merkt* WiB 1996, 145, 148.

101. *Holzapfel/Pöllath* Rn. 17.

102. *Holzapfel/Pöllath* Rn. 17.

103. *Merkt* BB 1995, 1041, 1047; *Palandt – Putzo* § 460 Rn. 12; *Staudinger – Honsell* § 460 Rn. 9.

104. BGH NJW 1990, 1723, 1724.

nen fast ausnahmslos eine “due diligence” durchgeführt wird, lässt sich derzeit noch nicht sicher beurteilen, ob diese tatsächliche Übung nicht nur herrschend, sondern auch hinreichend gefestigt ist.¹⁰⁵ Solange es an sicheren Erkenntnissen hierüber fehlt, kann grobe Fahrlässigkeit allenfalls aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls angenommen werden, wenn dem Käufer ausnahmsweise nach Treu und Glauben eine Untersuchungspflicht obliegt.¹⁰⁶

4. Rechtsfolgen

Folgt man der Auffassung, dass die §§ 459 ff. BGB analog auf den Unternehmenskauf anwendbar sein sollen, ist ferner zu klären, ob sämtliche vom Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen anwendbar sind.

a) Wandelung, Minderung und Schadensersatz

Soweit die Rechtsprechung die gesetzlichen Bestimmungen über die Sachmängelhaftung analog anwendet, lässt sie sämtliche gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen zu. Dem Käufer wird analog § 462 BGB neben dem Minderungsrecht ein Wandlungsrecht zugestanden.¹⁰⁷ Nach der Legaldefinition in § 462 BGB bedeutet Wandelung die Rückgängigmachung des Kaufs und Minderung die Herabsetzung des Kaufpreises. Im Fall einer nicht eingehaltenen Eigenschaftszusicherung werden analog § 463 BGB alternativ der sogenannte „kleine“ und der „große“ Schadensersatzanspruch zugelassen.¹⁰⁸ Im Rahmen des kleinen Schadensersatzanspruchs kann der Käufer das gekaufte Objekt behalten und den Ersatz der Wertdifferenz zwischen mangelfreiem und mangelhaftem Kaufgegenstand verlangen.¹⁰⁹ Der große Schadensersatzanspruch berechtigt den Käufer, den Kaufgegenstand zurückzuweisen und den durch Nichterfüllung des ganzen Vertrages entstandenen Schaden ersetzt zu verlangen.¹¹⁰ Grundsätzlich sind lediglich Mangelschäden ersatzfähig, Mangelfolgeschäden ausnahmsweise dann, wenn sie nach dem Sinn einer Eigenschaftszusicherung erfasst werden sollen.¹¹¹

105. So im Ergebnis auch *Merkt* WiB 1996, 145, 148.

106. Zu den Voraussetzungen einer Untersuchungspflicht siehe *Staudinger – Honsell* § 460 Rn.7.

107. *Hiddemann* ZGR 1982, 435, 442.

108. *Palandt – Putzo* § 463 Rn 18 f.

109. BGHZ 108, 156, 159.

110. BGHZ 27, 215, 217 ff.; 29, 148, 151.

111. BGHZ 50, 200, 204.

Teile der Literatur gestehen dem Käufer die Rechtsbehelfe der Minderung und des kleinen Schadensersatzanspruchs analog §§ 462, 463 BGB zu, nicht hingegen die Wandelung gemäß § 462 BGB und den großen Schadensersatzanspruch gemäß § 463 BGB. Die daraus resultierende Rückabwicklung sei kaum durchführbar, weil ein Unternehmen niemals in dem Zustand zurückübertragen werden könne, in dem es sich vor der Durchführung des Kaufvertrags befunden habe.¹¹² Wirtschaftlich nachteilig wirke sich aus, dass bereits die Übertragung auf den Käufer und der damit in aller Regel verbundene Wechsel der Leitungsbefugnis das Unternehmen häufig in eine kritische Situation faktischer Führungslosigkeit bringe, wenn der Erwerb nicht die Zustimmung der Belegschaft findet. Widersetze sich der Verkäufer dem Wandlungsbegehren des Käufers, könne das die Existenz des verkauften Unternehmens gefährden.¹¹³ Gegen Wandelung und großen Schadensersatzanspruch spreche ferner die Hypothese, dass ein Unternehmenskäufer üblicherweise nicht vom Vertragsschluss Abstand genommen hätte, wenn er die korrigierte Bilanz oder den wahren Schuldenstand vor Abschluss gekannt hätte.¹¹⁴ In der Regel bieten Defizite in derartiger Hinsicht lediglich Anlass, einen geringeren Kaufpreis auszuhandeln.

Aus der forensischen Praxis wird berichtet, dass Fehler und das Fehlen zugesicherter Eigenschaften vom Käufer häufig zum Anlass genommen werden, sich vom Kaufvertrag aus haftungsrechtlich irrelevanten Erwägungen zu lösen, beispielsweise weil eine Änderung der Konjunkturlage den Unternehmenserwerb im nachhinein als unzweckmäßig erscheinen lässt.¹¹⁵ Nach der Lösung der Rechtsprechung besteht abgesehen von der Einrede des Rechtsmissbrauchs¹¹⁶ keine Möglichkeit, dieses Vorgehen zu beanstanden. Auch die auf den Unternehmenskauf zumindest entsprechend anwendbare Obliegenheit zur Mängelrüge nach § 377 HGB und damit zeitlich eingeeengte Rügemöglichkeit vermögen die Gefahren nicht zu beseitigen, die sich aus der Wandelungsbefugnis für den Bestand des Unternehmens ergeben.¹¹⁷

112. Diskussionsbeiträge zum Kronberger Symposium 1982 zitiert nach *Grunewald ZGR* 1982, 452.

113. *Hiddemann ZGR* 1982, 435, 442; ähnlich *Huber ZGR* 1972, 395, 417.

114. *Huber ZGR* 1972, 395, 417.

115. *Hiddemann ZGR* 1982, 435, 442.

116. Zu Einzelheiten siehe *Palandt – Heinrichs* § 242 Rn. 38 ff.

117. *Hiddemann ZGR* 1982, 435, 442.

b) Andere Lösungsvorschläge

Um die Nachteile von Wandelung und großem Schadensersatz zu vermeiden oder abzumildern, werden von der Literatur verschiedene Lösungen vorgeschlagen.

Teilweise wird vertreten, dem Verkäufer sei die Möglichkeit der Nachbesserung einzuräumen, bevor der Käufer Wandelung oder großen Schadensersatz begehren könne.¹¹⁸ Mitunter wird eine Rückabwicklung an die Voraussetzung geknüpft, dass das Festhalten am Vertrag für den Käufer auch unter Berücksichtigung einer weitgehenden Minderung des Kaufpreises schlechthin unzumutbar ist.¹¹⁹ Für die Zumutbarkeit soll das Interesse der Allgemeinheit an der Verhinderung der Unruhe um das Schicksal eines Unternehmens mit berücksichtigt werden.¹²⁰ Ähnliche Vorschläge lassen Wandelung und großen Schadensersatz nur in wesentlichen Fällen zu¹²¹ oder wenn die Erfüllung des Vertrages für den Käufer analog § 468 S. 2 BGB kein Interesse hat.¹²²

Andere wollen Wandelung und großen Schadensersatz analog §§ 467, 351 BGB ausschließen, wenn das Unternehmen durch den Wechsel des Inhabers in seinem Wesen völlig umgestaltet ist.¹²³ Manche halten dies beim Unternehmenskauf für den Regelfall.¹²⁴ Das für den Ausschluss erforderliche Verschulden sei zu bejahen, wenn der Wandelungsberechtigte das Unternehmen aus freiem Entschluss umgestaltet oder es unter Verstoß gegen sein wohlverstandenes eigenes Interesse herunterwirtschaftet.¹²⁵

5. Verjährung

Die Frage, welche Verjährungsfristen für eine etwaige Haftung des Unternehmensverkäufers analog §§ 459 ff. BGB gelten, ist umstritten.

118. *Hommelhoff* ZHR 140 (1976), 271, 299 f.

119. *Hommelhoff* S. 109 ff.; *ders.* ZHR 140 (1976), 271, 299; *Huber* ZGR 1972, 395, 416 ff.; *Prölss* ZIP 1981, 337, 344.

120. *Hommelhoff* S. 115.

121. *Grunewald* ZGR 1982, 452.

122. *Huber* ZGR 1972, 395, 417 f.; *Willemsen* AcP 182 (1982), 515, 562, 564; vgl. auch *Mösslé* BB 1983, 2146, 2151 f.

123. *Huber* ZGR 1972, 395, 417 f.; *Prölss* ZIP 1981, 337, 344 f.

124. *Lieb* FS Gernhuber, 259, 271; *Baur* BB 1979, 381, 386.

125. *Enneccerus/Lehmann* S. 170; *Huber* ZGR 1972, 395, 418; *Westermann* ZGR 1982, 45, 59.

a) § 477 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB analog

Die Rechtsprechung wendet § 477 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB analog an und lässt Gewährleistungsansprüche binnen sechs Monaten nach Übergabe des Unternehmens verjähren.¹²⁶ Die kurze Verjährung sei geeignet, das Wandelungsrecht und den großen Schadensersatzanspruch auf einen Minimalzeitraum zu beschränken.¹²⁷

Einzelne Stimmen im Schrifttum stimmen dem zu.¹²⁸ Andere lehnen die Anwendung von § 477 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB ab, selbst wenn sie grundsätzlich die Analogie zu den §§ 459 ff. BGB befürworten.¹²⁹ Das wird damit begründet, dass eine sechsmonatige Frist den Unternehmenskäufer zwänge, selbst ohne Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten rein präventiv unmittelbar nach Übernahme des Betriebs sämtliche verabredeten Unternehmensmerkmale zu prüfen, um der Verjährung seiner Ansprüche zuvorzukommen.¹³⁰ Dies sei unzumutbar, weil etwaige Mängel innerhalb der sechsmonatigen Frist faktisch nicht feststellbar seien.

b) Andere Lösungsvorschläge

Als Alternative zu der als zu kurz empfundenen Frist des § 477 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB werden verschiedene Analogien zu anderen gesetzlichen Verjährungsfristen diskutiert, die zwischen einem und dreißig Jahren variieren.

Die Rechtsprechung zog zeitweise in Erwägung, die sechsmonatige Frist als solche unangetastet zu lassen, sie aber erst mit der Entdeckung des Mangels beginnen zu lassen.¹³¹ Dies wurde dann aber wegen des eindeutigen Wortlauts des § 477 BGB („von der Ablieferung“) wieder verworfen.¹³²

126. RGZ 63, 57 ff.; 138, 354, 358; siehe ferner RGZ 98, 289; 100, 200; OLG München NJW 1967, 1326, 1327.

127. RGZ 138, 354, 358.

128. *Staub – Brüggemann* § 381 Anm. 38.

129. *Enneccerus/Lehmann* S. 438; *Flume* S. 182 Fn. 12, 195 m.w.N.

130. *G. Müller* ZHR 147 (1983), 501, 526.

131. BGHZ 60, 9, 13 f.; BGH WM 1972, 161, 163. *Lieb* entnimmt den Protokollen (I, 702), dass der Gesetzgeber mit der Differenzierung zwischen Ablieferung und Übergabe bereit gewesen sei, einen realistischeren Verjährungsbeginn zu konzedieren; siehe *Lieb* FS Gernhuber, 259, 271.

132. BGHZ 77, 215 ff.

Dieser Ansatz findet sich in ähnlicher Form auch im Schrifttum. Nicht durch physische Betrachtung erkennbare Mängel wie Bilanzfehler sollen danach präkludiert werden, wenn der Käufer nicht rügt, sobald er einen Mangel erkennt oder er die abstrakte Möglichkeit hatte, den Mangel zu entdecken.¹³³ Ansprüche wegen Mängeln am sachlichen Substrat des Unternehmens hingegen sollen nach den spezifischen Fristen des § 477 Abs. 1 Satz 1, Var. 1 und 2 BGB verjähren.¹³⁴

Eine andere Auffassung wendet die für den Grundstückskauf geltende einjährige Frist des § 477 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 BGB analog an.¹³⁵ Der Beginn dieser Frist soll davon abhängig sein, dass der Veräußerer den Erwerber und sein Personal – soweit erforderlich – in das veräußerte Unternehmen einweist und einarbeitet.¹³⁶

Einem anderen Ansatz zufolge sollen die Gewährleistungsrechte des Käufers analog § 377 HGB präkludiert werden, wenn er zu beanstandende Mängel nicht unverzüglich rügt.¹³⁷

Am anderen Ende des Meinungsspektrums behandelt man Eigenschaftsangaben für Zwecke der Verjährung als selbständige Garantieverprechen gemäß §§ 305, 241 BGB und wendet die dreißigjährige Frist des § 195 BGB an.¹³⁸

Wieder andere wenden § 477 BGB nur an, wenn einzelne zum Betriebsvermögen gehörende Gegenstände mangelhaft sind; bei Mängeln des Unternehmens als solchem solle das Gericht eine geeignete Verjährungsfrist je nach den Umständen des Einzelfalles bestimmen.¹³⁹

133. *Enneccerus/Lehmann* S. 438; *Flume* S. 182, 195; *Huber* ZGR 1972, 395, 420.

134. *Flume* S. 195; *Huber* ZGR 1972, 395, 419; *Soergel – Ballerstedt* § 459 Anm. 275.

135. *MüKo/BGB – Westermann* § 477 Rn. 5; *Pröls* ZIP 1981, 337 ff.; *Westermann* ZGR 1982, 45, 61; *Willemsen* AcP 182 (1982), 515, 567 ff.

136. *Willemsen* AcP 182 (1982), 515, 568.

137. *Hiddemann* ZGR 1982, 435, 442.

138. *Heck* S. 288.

139. *Flume* S. 182 m.w.N.

Noch weiter geht der Vorschlag, unabhängig von der Art des Mangels eine im jeweiligen Einzelfall angemessene Verjährungsfrist durch das entscheidende Gericht bestimmen zu lassen.¹⁴⁰ Zu ähnlichen Ergebnissen führt die Ansicht, man müsse bei Kaufverträgen, in denen die Verjährungsfrist nicht vertraglich verlängert wird, von einer Vertragslücke ausgehen und diese durch ergänzende Vertragsauslegung schließen.¹⁴¹

6. Zwischenergebnis

Eine analoge Anwendung der §§ 459 ff. BGB auf den “asset deal” lässt verschiedene Fragen offen. Unklar ist insbesondere, welche Defizite des verkauften Unternehmens einen Fehler begründen, welche Eigenschaften eines Unternehmens zugesichert werden können und in welcher Frist Gewährleistungsansprüche verjähren. Diese Situation wird in der Praxis als so unbefriedigend empfunden, dass man das Sachmängelgewährleistungsrecht nach gesetzlichem Vorbild regelmäßig für unanwendbar erklärt und stattdessen die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Verkäuferhaftung einzelvertraglich vereinbart.

II. “share deal”

Eine Haftung des Anteilsverkäufers für Mängel des Unternehmenssubstrats versucht man teilweise damit zu begründen, dass auf einen “share deal” unter bestimmten Voraussetzungen das Sachmängelrecht analog anwendbar sein soll.

1. Analogie zu §§ 459 ff. BGB

Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise macht es keinen Unterschied, ob eine unternehmenstragende Gesellschaft oder das betreffende Unternehmen selbst erworben werden. Deshalb entstehen Wertungswidersprüche, wenn ein Unternehmensverkäufer beim “asset deal” für Mängel des Unternehmenssubstrats haften müsste, während er beim “share deal” nur für die Verität der verkauften Anteile einzustehen hätte. Zudem erscheint es manchen als paradox, dass der Verkäufer beim “asset deal” unter Umständen gemäß § 477 Abs. 1 Satz 1 BGB nur sechs Monate lang haften müsse, während der Anteilsverkäufer gemäß § 195 BGB bis zu dreißig Jahre

140. *Enneccerus/Lehmann* S. 438; *Flume* S. 195; *Huber* ZGR 1972, 395, 420.

141. *Baur* BB 1979, 381, 386; *Lieb* FS Gernhuber, 259, 270; *Mössl* BB 1983, 2146, 2152. Dagegen spricht, dass die Vertragsauslegung auf Individualverträge zugeschnitten ist. Zur Lösung dieses generellen Problems wäre eher eine verallgemeinerungsfähige Rechtsfortbildung angezeigt. Ferner fehlen Kriterien, um die Dauer der Fristverlängerung zu bestimmen.

lang einzustehen habe. Diese Diskrepanz sei nicht damit in Einklang zu bringen, dass der Verkäufer einer Gesamtheit von Vermögensgegenständen in der Regel ein ihm wohlbekanntes eigenes Unternehmen veräußere, während der Anteilsverkäufer lediglich am Unternehmensträger beteiligt sei.¹⁴²

Sofern man die Anwendung des Sachmängelrechts nicht gänzlich ablehnt,¹⁴³ lassen sich diese Widersprüche vermeiden, indem man den Anteilskauf dem "asset deal" gleichstellt und auch hier die §§ 459 ff. BGB analog anwendet. Höchst umstritten ist, welche Voraussetzungen für eine solche Gleichbehandlung zu fordern sind.

a) Rechtsprechung

Nachdem das Reichsgericht ursprünglich selbst beim Verkauf sämtlicher Anteile an einer unternehmenstragenden Gesellschaft ausschließlich die §§ 434, 437 BGB für anwendbar gehalten hatte,¹⁴⁴ ging es später davon aus, dass der Anteilsverkäufer nach Sachmängelrecht haften müsse, wenn nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Parteien neben den Anteilen auch das Unternehmen selbst Kaufgegenstand sei. Dann hafte der Verkäufer für zugesicherte Eigenschaften des Unternehmens analog § 459 Abs. 2 BGB.¹⁴⁵

Auf einen entsprechenden Parteiwillen schließt der BGH, wenn der Käufer durch den Anteilserwerb eine beherrschende Stellung erlangt.¹⁴⁶ Unklar ist, wie viele Anteile erworben werden müssen, damit diese Voraussetzung erfüllt ist. Nach einer älteren Entscheidung ist dies jedenfalls beim Erwerb von über 99 % der Anteile zu bejahen.¹⁴⁷ Andere Entscheidungen des BGH ziehen niedrigere Mindestquoten in Erwägung, die von 50 %¹⁴⁸ über 75 %¹⁴⁹ bis zu 90 %¹⁵⁰ variieren.

142. *Hommelhoff* ZGR 1982, 366, 367.

143. *Baur* BB 1979, 381, 348 ff.; *Canaris* ZGR 1982, 395, 397 ff.; *Düringer/Hachenburg/Hoeniger* § 25 Anm. 14; *Grunewald* ZGR 1981, 622, 629.

144. RGZ 59, 240; 86, 146.

145. RGZ 98, 289; 100, 200; 120, 283, 287.

146. BGHZ 65, 246, 251; BGH WM 1970, 819; BGH NJW 1980, 2408, 2409.

147. BGH WM 1970, 819, 820; BGH WM 1979, 819, 821.

148. BGH WM 1980, 284.

149. BGH NJW 1980, 549.

150. BGH BB 1980, 11, 12.

b) Schrifttum

Teile des Schrifttums gehen davon aus, dass ein Anteilsverkäufer für Mängel des Unternehmens nach Sachmängelrecht haften soll, wenn der Kaufvertrag auf die Verschaffung der Leitungsmacht über das Unternehmen gerichtet ist.¹⁵¹ Das sei jedenfalls bei Übertragung aller Anteile der Fall; gleiches gelte, wenn eine nicht mitverkaufte Restbeteiligung so klein ist, dass sie bei der Festsetzung des Kaufpreises nicht ins Gewicht fällt.¹⁵² Andere lassen schon den Erwerb einer satzungsändernden Mehrheit ausreichen.¹⁵³ Sofern der Kaufvertrag auf die Erlangung einer beherrschenden oder zumindest einer gleichberechtigt mitentscheidenden Stellung gerichtet ist, soll schon der Erwerb von 50 %¹⁵⁴ oder 51 %¹⁵⁵ genügen.

Letztlich soll nicht die erworbene Anteilsquote, sondern der Wille der Vertragsschließenden maßgeblich sein, der auf den Erwerb des Unternehmens insgesamt gerichtet sein müsse. Dies könne man im Rahmen der Auslegung dem Umstand entnehmen, dass sich der Kaufpreis nicht an den Anteilen, sondern an dem Unternehmen insgesamt orientiert.¹⁵⁶ Andere stellen darauf, ob der Käufer eine „echte wirtschaftliche Beteiligung“ am Unternehmen zu erwerben beabsichtigt,¹⁵⁷ ob der Käufer infolge des Erwerbs die „organisatorische Substanz“ des Unternehmens unter seinen Einfluss zu bringen wünsche¹⁵⁸ oder – nur in Nuancen abweichend – ob der Verkäufer eine beherrschende Stellung innehat, die er auf den Käufer überträgt.¹⁵⁹

151. *Hommelhoff* ZHR 140 (1976), 271, 283. Einen sehr ähnlichen Standpunkt vertritt *Huber* ZGR 1972, 395, 402.

152. *Serick* S. 36 ff.; *Wiedemann* FS Nipperdey, Bd. I, 815, 835 ff.

153. *Hommelhoff* ZHR 140 (1976), 271, 287; *Mössle* BB 1983, 2146, 2147.

154. *Hommelhoff* ZGR 1982, 366, 384.

155. *Staub – Brüggemann* § 381 Anm. 38.

156. *Flume* S. 187 ff.; *Hiddemann* ZGR 1982, 435, 440 unter Hinweis auf BGHZ 65, 246, BGH WM 1980, 1006.

157. *Larenz* Schuldrecht BT II/1 S. 159 ff.

158. *Staub – Brüggemann* § 381 Anm. 38.

159. *Neumann-Duesberg* NJW 1968, 494, 502.

Daneben existieren Vorschläge, die an die Prüfungsmöglichkeiten des Käufers anknüpfen. Auf einen Anteilsverkauf seien die §§ 459 ff. BGB erst dann anwendbar, wenn der Anteilskäufer nicht durch Minderheitsrechte daran gehindert werden könne, den Zustand des Unternehmens innerhalb der Frist des § 477 BGB zu überprüfen.¹⁶⁰ Beim Erwerb von Aktien müssten deshalb mindestens 95 %, beim Erwerb von GmbH-Anteilen mindestens 90 % auf den Käufer übergehen.¹⁶¹ Andere erachten die Nennung einer Mindestquote als willkürlich und halten für maßgeblich, dass der Käufer im Ergebnis die Stellung eines Einzelunternehmers erwirbt. Das sei zu bejahen, wenn dem Inhaber eines etwaigen Restanteils weder aus rechtlichen, noch aus wirtschaftlichen Gründen ein ins Gewicht fallendes Mitspracherecht zusteht.¹⁶²

Eine ähnliche Zielrichtung verfolgt ein Ansatz, der auf dem Gedanken der Beherrschbarkeit des Fehlerrisikos aufbaut. Danach soll ein Anteilsverkäufer für Mängel des Unternehmens haften, wenn er sich besser als der Käufer über den Zustand des Unternehmens informieren und das Risiko solcher Mängel abschätzen kann.¹⁶³ *Pröls* leitet dies aus dem ökonomischen Argument ab, dass Risiken demjenigen aufgebürdet werden sollten, der sie am einfachsten kontrollieren kann ("cheapest cost avoider").¹⁶⁴

Eine weitergehende Auffassung erstreckt den subjektiven Fehlerbegriff auf den Rechtskauf und behandelt den "share deal" auf dieser Grundlage auch beim Verkauf nur einzelner Gesellschaftsanteile haftungsrechtlich ebenso wie den "asset deal".¹⁶⁵ Dieser Ansatz beruht auf der Prämisse, dass der Verkäufer für Abweichungen der Kaufsache von ausdrücklich oder konkludent versprochenen Beschaffen-

160. *Grunewald* S. 113 f.; *Hiddemann* ZGR 1982, 435, 450; *Staub – Hüffer* vor § 22 Rn. 57; ähnlich *Willemsen* AcP 182 (1982), 515, 570.

161. *Grunewald* S. 113 f. in Fortentwicklung zu *Wiedemann* JZ 1977, 132, 133.

162. *Huber* ZGR 1972, 395, 399.

163. *Koller* S. 342 ff. i.V.m. 147 ff.; *Pröls* ZIP 1981, 337, 339 f.; *Wiedemann* FS Nipperdey, Bd. I, 815, 835; siehe auch *Westermann* ZGR 1982, 45, 50.

164. *Pröls* ZIP 1981, 337, 339 f.

165. *Flume* S. 187 ff.; *Heck* S. 286 f.; *Huber* ZGR 1972, 395, 404; *Lieb* FS Gernhuber, 259, 278; *G. Müller* BB 1980, 1393, 1395; *Wilhelm* S. 29 Fn. 23. Siehe ferner OLG München NJW 1967, 1326; OLG Braunschweig OLGE 28, 126; 33, 277.

heit eintreten muss, wenn das vereinbarte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gestört wird. Nach dieser Ansicht haftet auch der Verkäufer einer kleineren Anteilsquote für das Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit des Unternehmens.¹⁶⁶

Vereinzelt wird vertreten, jeder Anteilskauf sei materiell wie ein „Teilunternehmenskauf“ zu werten, der ebenso zu behandeln sei wie ein „asset deal“.¹⁶⁷ Dem wird überzeugend entgegeng gehalten, dass sich der Kauf von Anteilen nie auf einen realen oder ideellen Bruchteil des von der betreffenden Gesellschaft betriebenen Unternehmens beziehe, sondern immer auf das Unternehmen als Ganzes.¹⁶⁸

2. Zwischenergebnis

Folgt man der Ansicht, dass sich die Gewährleistungshaftung des Anteilsverkäufers unter bestimmten Voraussetzungen nach einer Analogie zu den §§ 459 ff. BGB richtet, sind hinsichtlich der Einzelheiten einer solchen Haftung die gleichen Fragen offen, die oben im Kontext des „asset deals“ erörtert werden.¹⁶⁹ Nicht abschließend geklärt ist, für welche Defizite des Unternehmens der Verkäufer im Rahmen einer analogen Haftung für Sachmängel einzustehen hat und in welcher Frist die Ansprüche des Käufers verjähren.

Festzuhalten ist daher, dass Analogien auf der Basis gesetzlicher Regelungen des deutschen Rechts weder beim „asset deal“ noch beim „share deal“ eindeutige Antworten auf die Frage nach der Gewährleistungshaftung des Unternehmenskäufers liefern. Das wirft die Frage auf, ob dogmatische Hilfskonstruktionen als Institute der richterlichen Rechtsfortbildung befriedigende Lösungen zu liefern vermögen.

166. *Gerh. Müller* S. 359 ff., 368.

167. *Loos* NJW 1962, 519, 520 ff.

168. *Wiedemann* FS Nipperdey, Bd. I, 815, 830.

169. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen ab Seite 43 verwiesen.

C. Dogmatische Hilfskonstruktionen

Mit der Umschreibung „dogmatische Hilfskonstruktionen“ sind Rechtsinstitute gemeint, die über die im vorigen Abschnitt B. beschriebene, gesetzesimmanente Rechtsfortbildung hinausgehen und das im BGB gesetzte Recht im Wege gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung ergänzen.¹⁷⁰ Für die Gewährleistungshaftung des Unternehmensverkäufers sind die richterrechtlichen Grundsätze des Verschuldens bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo; c.i.c.*) und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage relevant.

I. *Culpa in contrahendo*

Die aus einer Gesamtanalogie zu den §§ 122, 179, 306, 307, 463 Satz 2 und 663 BGB hergeleitete Anspruchsgrundlage des Verschuldens beim Vertragsschluss ist gewohnheitsrechtlich anerkannt¹⁷¹ und wird in § 11 Nr. 7 AGBG vorausgesetzt.¹⁷²

1. Anwendbarkeit

Der Anwendungsbereich der *culpa in contrahendo* ist zum einen in Relation zu direkt oder analog anwendbaren gesetzlichen Regelungen zu bestimmen, zum anderen im Hinblick auf die verschiedenen Arten des Unternehmenskaufs.

a) Subsidiarität

Die Grundsätze der *culpa in contrahendo* werden als *praeter legem* entwickeltes Instrument der Lückenfüllung nur angewendet, soweit keine anderweitige Regelung Platz greift.¹⁷³ In dem durch die Normen der kaufrechtlichen Gewährleistung abgedeckten Bereich kommt eine Anwendung der *c.i.c.* daher nicht in Betracht.¹⁷⁴ Die dogmatische Hilfskonstruktion tritt auch dann zurück, wenn das Sachmängelrecht nur analog angewendet wird.¹⁷⁵ Ersatz von Mangelfolgeschäden kann nach den Regeln der *culpa in contrahendo* ohne Rücksicht auf eine Konkurrenz zum

170. Larenz Methodenlehre S. 366.

171. BGH NJW 1979, 1983; Staudinger – Löwisch vor § 275 Rn. 52.

172. Palandt – Heinrichs § 276 Rn. 65.

173. Ständige Rechtsprechung; siehe BGHZ 60, 319; 88, 130, 134; 114, 264, 266 und insbesondere BGH NJW 1990, 1658, 1659. Aus dem Schrifttum statt vieler MüKo/HGB – Lieb Anh. § 25 Rn. 60. Eine besonders detaillierte Abhandlung bietet Willemsen AcP 182 (1982), 515, 528 ff.

174. BGHZ 60, 319; Korth S. 94.

175. MüKo/HGB – Lieb Anh. § 25 Rn. 60.

Sachmängelrecht verlangt werden, da letzteres nur Mangelschäden abdeckt.¹⁷⁶ Hat der Verkäufer arglistig gehandelt, wird die *c.i.c.* mangels Schutzwürdigkeit des Verkäufers ausnahmsweise auch innerhalb des Geltungsbereichs der §§ 459 ff. BGB angewendet.¹⁷⁷

Soweit man nicht mit einer Mindermeinung¹⁷⁸ die *culpa in contrahendo* stets neben den §§ 459 ff. BGB zulässt, hängt die Abgrenzung im einzelnen davon ab, wie weit man den Geltungsbereich der §§ 459 ff. BGB zieht.

Die Rechtsprechung interpretiert diese Normen für sämtliche Formen des Unternehmenskaufs bewusst restriktiv, damit statt des Sachmängelrechts die *culpa in contrahendo* eingreifen kann.¹⁷⁹ Nach den Grundsätzen der *c.i.c.* können insbesondere Angaben über Umstände eine Haftung begründen, die keine Beschaffenheiten oder zusicherungsfähige Eigenschaften gemäß § 459 BGB darstellen, beispielsweise Umsatz- und Ertragsangaben für kürzere Zeiträume und einzelne Bilanz- und Statusangaben.¹⁸⁰ Sofern man mit Teilen des Schrifttums die Geltung des Sachmängelrechts gänzlich ablehnt, kann man das Rechtsinstitut der *culpa in contrahendo* sogar auf sämtliche unzutreffenden Angaben beim Vertragsschluss anwenden.¹⁸¹ Nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* hat der Verkäufer auch für Mängel am Unternehmen selbst einzustehen.¹⁸²

176. BGHZ 60, 319; 69, 53.

177. BGH ZIP 1991, 321.

178. *Diederichsen* BB 1965, 401, 403; *Schaumburg* MDR 1975, 105, 111; *Marutschke* JuS 1999, 729, 732 ff.

179. *Lieb* FS Gernhuber, 259, 260 Fn. 6; *Hiddemann* ZGR 1982, 435, 447.

180. *Grunewald* S. 70; *Hiddemann* ZGR 1982, 435, 447 f.

181. *Baur* BB 1979, 381, 386.

182. BGH ZIP 1980, 549.

Im Schrifttum gehen die Ansichten darüber auseinander, ob die *culpa in contrahendo* ein für den Unternehmenskauf geeignetes Haftungsregime darstellt.¹⁸³ Als Vorteil wird die Flexibilität der *c.i.c.* genannt, die sich positiv von der auf das Leitbild des Warenkaufs ausgerichteten Starre der gesetzlichen Normen abhebe.¹⁸⁴ Für nachteilig wird befunden, dass eine Haftung auf der Basis der *culpa in contrahendo* selbst dann ein Verschulden voraussetze, wenn die Parteien eine verschuldensfreie Einstandshaftung für bestimmte Angaben vereinbart haben.¹⁸⁵

b) “asset deal” und “share deal”

Für die Anwendung der *c.i.c.* auf den Unternehmenskauf ist unerheblich, ob es sich um einen Anteilskauf oder um einen Erwerb von Einzelvermögensgegenständen handelt:¹⁸⁶ Der haftungsbegründende Tatbestand knüpft an das Verhalten des Verkäufers und nicht an den Kaufgegenstand an. Daher entfällt die problematische Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein “share deal” einem “asset deal” gleichzustellen ist. “Share deals” werden unabhängig von der Höhe der veräußerten Beteiligung erfasst; maßgeblich für eine Haftung des Anteilsverkäufers ist, dass die Beschaffenheit des Unternehmens bei den Kaufverhandlungen eine bestimmende Rolle gespielt hat.¹⁸⁷ Das ist beispielsweise zu bejahen, wenn der Käufer zu erkennen gibt, dass der Umsatz des Unternehmens für ihn wichtig ist.¹⁸⁸

2. Tatbestand

Die Subsumtion von Gewährleistungsfällen beim Unternehmenskauf unter den Tatbestand der *culpa in contrahendo* richtet sich nach den üblichen, in Rechtsprechung und Lehre anerkannten Voraussetzungen.¹⁸⁹ Die folgenden Besonderheiten sind zu beachten.

183. Dafür: *Baur* BB 1979, 383, 386; *Westermann* ZGR 1982, 45, 62. Dagegen: *MüKo/HGB – Lieb* Anh. § 25 Rn. 59 ff., 159.

184. *Baur* BB 1979, 383, 386. Ebenso der lange beim BGH tätige Richter *Hiddemann* ZGR 1982, 435, 437.

185. *Hommelhoff* ZHR 140 (1976), 271, 298.

186. BGH WM 1980, 1006; *Baur* BB 1979, 383, 386.

187. BGHZ 65, 246; *Baur* BB 1979, 383, 386; *Westermann* ZGR 1982, 45, 54 f.

188. So in dem der Entscheidung BGH NJW 1970, 653, 655 zugrundeliegenden Sachverhalt.

189. *Palandt – Heinrichs* § 276 Rn. 65 ff.

a) Pflichtenbegründendes Schuldverhältnis

Mit Aufnahme der Vertragsverhandlungen entsteht zwischen den Parteien des avisierten Unternehmenskaufs ein vorvertragliches Schuldverhältnis, das zur Rücksichtnahme, Loyalität und Aufklärung verpflichtet.¹⁹⁰

Nicht selten wird der Pflichteninhalt des vorvertraglichen Schuldverhältnisses durch Vereinbarungen im Rahmen einer Absichtserklärung modifiziert. Diese wird in der Praxis oft mit den englischen Begriffen “letter of intent”, “heads of terms”, “heads of agreement” und “memorandum of understanding” umschrieben. Obwohl derartige Vereinbarungen überwiegend nur moralische Verpflichtungen begründen, werden sie teilweise auch rechtlich bindend ausgestaltet.¹⁹¹ Deshalb muss in jedem Einzelfall genau überprüft werden, ob sich daraus Konsequenzen für die vorvertraglichen Pflichten der Parteien ergeben.

b) Pflichtverletzung

Eine haftungsbegründende Pflichtverletzung des Verkäufers kann entweder in einem Tun oder in einem Unterlassen liegen.

i) Aktives Tun

Die Rechtsanwendung wirft keine besonderen Probleme auf, wenn dem Verkäufer ein aktives Tun vorzuwerfen ist. Das kann beispielsweise darin liegen, dass der Verkäufer falsche Angaben über den Gewinn¹⁹² oder Ertrag¹⁹³ macht oder anderweitig Zahlenmaterial vorlegt, das sein Unternehmen unter Verstoß gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung in einem besseren Licht erscheinen lässt.¹⁹⁴

Im Grenzbereich von Tun und Unterlassen liegt die vom BGH postulierte Pflicht des Verkäufers, das Kaufobjekt nicht nur richtig, sondern auch vollständig darzustellen, so dass beim Käufer keine Fehlvorstellung über entscheidungserhebliche Umstände erweckt wird.¹⁹⁵

190. *Beisell/Klumpp* S. 12 ff.

191. *Beisell/Klumpp* S. 18 f.

192. BGHZ 69, 53.

193. BGH NJW 1977, 1538.

194. BGH NJW 1980, 2408, 2409.

195. BGHZ 114, 263, 268.

ii) **Unterlassen**

Komplizierter ist es, eine Haftung des Verkäufers wegen eines pflichtwidrigen Unterlassens zu begründen. Das Verschweigen von Tatsachen steht der Mitteilung unrichtiger Tatsachen nur gleich, wenn dadurch eine Aufklärungspflicht verletzt wird.¹⁹⁶

Nach deutschem Recht muss grundsätzlich jede der Parteien eines Vertrags selbst prüfen, ob ein von ihr beabsichtigtes Geschäft vorteilhaft ist.¹⁹⁷ Ausnahmsweise kann der Verkäufer nach Treu und Glauben verpflichtet sein, von sich aus vom Käufer nicht erfragte Angaben zu machen.¹⁹⁸ Ob eine Aufklärungspflicht besteht, ist durch eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.¹⁹⁹

Für die Annahme einer solchen Pflicht können zum Beispiel Intensität und Dauer der Verhandlungen²⁰⁰ und überlegene Sachkenntnis des Verkäufers²⁰¹ sprechen. Gegen eine Aufklärungspflicht spricht es, wenn der Kauf objektiv spekulativen Charakter hat²⁰² oder der Käufer besonders geschäftsgewandt ist²⁰³.

Die Gerichte nehmen eine Pflicht zur Aufklärung insbesondere betreffend Tatsachen an, die hinsichtlich des konkreten Kaufgegenstandes und seiner Wertschätzung erkennbar für den Willensentschluss des Käufers erheblich sind,²⁰⁴ beispielsweise erhebliche Steuerschulden des Unternehmens,²⁰⁵ Eigenschaften besonders wichtiger Mitarbeiter²⁰⁶ oder Mängel für den Betrieb des Unternehmens wesentlicher Wirtschaftsgüter.²⁰⁷

196. BGH NJW 1970, 653; BGH NJW 1989, 1793, 1794.

197. BGH NJW 1989, 763, 764; BGH NJW-RR 1991, 439, 440 m.w.N. Zustimmung äußern sich *Willemsen AcP* 182 (1982), 515, 535 f. und *Stoll FS* von Caemmerer, 435, 454 ff.

198. *Lieb FS* Gernhuber, 259, 263.

199. RGZ 111, 233, 234; BGH WM 1983, 1006, 1007.

200. BGH WM 1983, 1006, 1007.

201. BGHZ 47, 207, 210 f.

202. MüKo/BGB – *Emmerich* vor § 275 Rn. 80; *Erman – Grunewald* § 433 Rn. 51.

203. BGH NJW 1986, 918, 919; BGH NJW 1991, 1223.

204. RGZ 111, 233, 235.

205. BGH NJW-RR 1995, 799, 801.

206. BGH WM 1991, 589, 591 f.

In diesem Zusammenhang ist wiederum relevant, dass professionell beratene Käufer vor Abschluss des Vertrages üblicherweise eine gründliche Überprüfung des Zielunternehmens (“due diligence”) durchführen.²⁰⁸ Welche Auswirkung dies auf etwaige Aufklärungspflichten hat, ist noch nicht vollständig geklärt. Teile des Schrifttums sind der Ansicht, eine Unternehmensprüfung vermindere derartige Pflichten des Verkäufers.²⁰⁹ Dafür ließe sich anführen, dass ein Käufer, der sich umfassend informiert hat, weniger schutzbedürftig erscheint. Andere weisen darauf hin, dass der Käufer die Prüfung zum eigenen Schutz durchführe und dadurch ein gesteigertes Aufklärungsinteresse bekunde. Es sei widersinnig, ihm dies durch eine Verminderung der Aufklärungspflichten des Verkäufers zum Nachteil gereichen zu lassen.²¹⁰ Gerade aufgrund der üblichen Praxis der “due diligence” sei nach der Verkehrsauffassung zu erwarten, dass der Verkäufer bestimmte Punkte offenlege.²¹¹

c) Verschulden

Eine Haftung nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* setzt ein vom Käufer darzulegendes Verschulden des Verkäufers voraus.²¹²

Bei der Vorlage fehlerhaften Zahlenmaterials kann das Verschulden in einem Verstoß gegen die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung liegen.²¹³ Der BGH rechnet dem Unternehmensverkäufer das Verschulden seiner Steuerberater und Wirtschaftsprüfer gemäß § 278 BGB, §§ 38 ff. HGB zu, da Bilanzen als eigene Erklärungen des Unternehmensinhabers gelten.²¹⁴

207. *Stengel/Scholderer* NJW 1994, 158, 161.

208. *Merkt* BB 1995, 1041, 1046 ff.; *Ragotzky/Häcker* M & A Review 1999, 421, 424 ff.

209. *Hölters – Semler* VI Rn. 14 unter Hinweis auf BGH WM 1993, 1455, 1456.

210. *Stengel/Scholderer* NJW 1994, 158, 164.

211. *Merkt* WiB 1996, 145, 150.

212. *Palandt – Heinrichs* § 276 Rn. 70.

213. BGH BB 1974, 152.

214. BGH BB 1974, 152.

3. Rechtsfolge: Schadensersatzanspruch

Rechtsfolge eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen ist ein auf Ersatz des negativen Interesses gerichteter Schadensersatzanspruch im Sinne der §§ 249 ff. BGB.²¹⁵ Der Geschädigte kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne das schädigende Verhalten des anderen Teils gestanden hätte.²¹⁶

Hätte der Verkäufer keine irreführenden Angaben gemacht oder einer etwaigen Aufklärungspflicht genügt, wäre in vielen Fällen ein Kaufvertrag nicht zustande gekommen. Denkbar ist, dass der Käufer von der Transaktion Abstand genommen hätte oder der Verkäufer nicht bereit gewesen wäre, zu einem geringeren Kaufpreis abzuschließen. Der Ersatz des Vertrauensschadens läge dann in der Befreiung von dem abgeschlossenen Vertrag mit der Folge der Rückabwicklung.²¹⁷ Daneben müsste der Verkäufer dem Käufer die infolge der Vertragsaufhebung nutzlos gewordenen Aufwendungen ersetzen.²¹⁸ Der 6. Senat des BGH befürwortet eine Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität der Pflichtverletzung für den Vertragsschluss. Nach dieser Ansicht muss der Verkäufer, der falsche Umsatzzahlen angegeben hat, die Behauptung des Käufers widerlegen, er hätte bei Angabe richtiger Umsatzzahlen vom Vertragsschluss Abstand genommen.²¹⁹

Mitunter hat der Käufer das erworbene Unternehmen vor Bekanntwerden des Verschuldens bei Vertragsschluss so weit in den eigenen Unternehmensverband eingliedert, dass eine Rückabwicklung größte Schwierigkeiten verursachen würde. Dann hat der Käufer ein Interesse daran, am Vertrag festzuhalten und den durch die Täuschung veranlassten Mehraufwand als Schaden ersetzt zu verlangen. Nach dem allgemeinen Grundsatz des § 249 Satz 1 BGB setzt ein solcher Schadensersatzanspruch voraus, dass die Pflichtverletzung des Verkäufers kausal für die Entstehung des vom Käufer erlittenen Schadens gewesen ist. Der Käufer hätte daher den

215. BGHZ 69, 53, 56; *Palandt – Heinrichs* § 276 Rn. 99.

216. BGH NJW 1981, 1673.

217. BGHZ 65, 246, 253; 69, 53, 57; BGH NJW-RR 1989, 306, 307. *Canaris* hält eine Aufhebung des Vertrages als Rechtsfolge der *culpa in contrahendo* für unvereinbar mit § 123 BGB; siehe *Canaris* ZGR 1982, 395, 418.

218. BGH NJW 1977, 1536, 1537; BGH NJW 1980, 2408.

219. BGH DB 1996, 2123.

Beweis zu erbringen, dass der Vertrag ohne die Pflichtverletzung des Verkäufers zu einem niedrigeren Kaufpreis geschlossen worden wäre. Dem könnte der Verkäufer entgegenhalten, dass er bei einem niedrigeren Preis nicht zum Abschluss des Kaufvertrags bereit gewesen wäre.

a) **Rechtsprechung**

Diesen Einwand lässt der 8. Senat des Bundesgerichtshofs nicht zu. Er unterstellt, dass es dem Käufer bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen wäre, den Vertrag zu einem günstigeren Preis abzuschließen.²²⁰ Der getäuschte Käufer könne Ersatz des zu schätzenden hypothetischen Betrages verlangen, um den dieser im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der ihm gemachten Angaben das Unternehmen zu teuer erworben hat.²²¹ Der so berechnete Schadensersatz entspricht im wirtschaftlichen Ergebnis einer Minderung bzw. dem „kleinen“ Schadensersatzanspruch gemäß § 463 BGB.²²²

Eine andere Auffassung vertritt der 1. Senat des BGH. Danach ist im Grundverfahren zu ermitteln, ob der getäuschte Käufer überhaupt einen günstigeren Preis hätte durchsetzen können. Könnte diese Feststellung nicht getroffen werden, so komme es darauf an, welche Leistungen der Verkäufer erbracht und welche weiteren Vorteile der Käufer durch den Kauf erlangt hat.²²³

b) **Schrifttum**

Auch in der Literatur gehen die Ansichten darüber auseinander, wie der ersatzfähige Schaden zu ermitteln ist. Gegen die Auffassung des 8. Senats wird argumentiert, sie missachte das in § 249 Satz 1 BGB angeordnete Prinzip der Naturalrestitution.²²⁴ Es führe zu Rechtsunsicherheit, den hypothetischen Preis, auf den sich die Parteien bei ordnungsgemäßer Verkäuferinformation geeinigt hätten, richterlich schätzen zu lassen; eine solche Schätzung setze sich dem Vorwurf der Willkür aus.²²⁵

220. BGH NJW 1980, 2408, 2409.

221. BGHZ 69, 53, 57 f.; BGH NJW 1980, 2408, 2410; BGH NJW-RR 1989, 306, 307; *Westermann* ZGR 1982, 45, 59.

222. *Wilhelm* S. 29 Fn. 22; *Zimmer* NJW 1997, 2345, 2350.

223. BGH NJW 1977, 1538, 1539.

224. *Zimmer* NJW 1997, 2345, 2350.

225. *Zimmer* NJW 1997, 2345, 2350.

Andere Stimmen im Schrifttum begrüßen die Lösung des 8. Senats, da die Haftung aus *culpa in contrahendo* den Verkäufer nicht besser stellen dürfe als die Risikohaftung der §§ 459 ff. BGB.²²⁶ Deshalb müsse der Käufer auch im Falle des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen den Kaufpreis mindern können.

Der Position des 1. Senats wird entgegengehalten, der Nachweis sei faktisch kaum zu führen, dass der Käufer ohne die Pflichtverletzung durch den Verkäufer einen geringeren Kaufpreis hätte durchsetzen können.²²⁷ Es erschwere die Rechtsanwendung, die ohnehin mit Unsicherheit behaftete Schätzung des Schadensbetrages vom hypothetischen Verhalten des korrekt handelnden Verkäufers abhängig zu machen.²²⁸

Als Lösungsalternative wird in der Literatur vorgeschlagen, einen Rechtsbehelf eigener Art analog § 472 Abs. 1 BGB anzuerkennen.²²⁹

c) Mitverschulden

Im Kontext eines Mitverschuldens bei der Schadensverursachung gemäß § 254 Abs. 1 BGB ist die Praxis der “due diligence”-Überprüfung des Zielunternehmens durch den Käufer zu beachten²³⁰, sofern man diesen Aspekt nicht schon im Rahmen der Prüfung eventueller Aufklärungspflichten des Verkäufers berücksichtigt.²³¹

Denkbar ist, dass es dem Käufer als Mitverschulden angelastet werden kann, wenn er bei der Prüfung Mängel des Zielunternehmens übersieht.²³² Dagegen lässt sich einwenden, dass der Käufer die Prüfung im eigenen Interesse und auf eigene Kosten durchführt.²³³ Es wäre daher widersprüchlich, wenn man ihn für eine – vielleicht aus Kostengründen sogar bewusst cursorische – Prüfung mit der quotenmäßigen Kürzung des zu ersetzenden Schadens bestrafen würde. Demge-

226. *Prölss* ZIP 1981, 337, 346.

227. *Hiddemann* ZGR 1982, 435, 448.

228. *Westermann* ZGR 1982, 45, 60.

229. *Soergel – Wiedemann* vor § 275 Rn. 197.

230. *Loges* DB 1997, 965, 967.

231. Siehe oben Seite 59 ff.

232. *Holzapfel/Pöllath* Rn. 434.

233. *Stengel/Scholderer* NJW 1994, 158, 164.

mäß hat die Rechtsprechung ein Mitverschulden bislang abgelehnt, wenn der Käufer ihm übergebene Bilanzen nicht prüfen lässt, da er sich auf die Richtigkeit der vom Verkäufer gemachten Angaben verlassen dürfe.²³⁴ Im übrigen ist noch ungeklärt, welchen Einfluss die unterlassene oder unvollständige Überprüfung des “targets” durch den Käufer auf die Haftung des Verkäufers hat.²³⁵

d) Vorteilsanrechnung

Die Rechtsprechung lehnt eine Anrechnung von mit dem erworbenen Unternehmen erwirtschafteten Gewinnen ab, weil es an dem erforderlichen inneren Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und den Gewinnen fehle, die der Käufer ohnehin auf Grund eigenen unternehmerischen Geschicks erzielt hätte.²³⁶

Teile des Schrifttums stimmen dem mit der Begründung zu, dass eine Vorteilsanrechnung das vertragliche Äquivalenzverhältnis stören und den Käufer um etwaige Vorteile eines für ihn besonders günstig verhandelten Kaufvertrags bringen würde.²³⁷

Andere Vertreter der Literatur sind der Meinung, ein Schadensersatzanspruch aus *culpa in contrahendo* müsse im Wege der Vorteilsausgleichung um den Betrag der Gewinne reduziert werden, die der Käufer aufgrund des Unternehmenskaufs gemacht hat.²³⁸

e) Verjährung

Grundsätzlich verjährt der Anspruch des Käufers aus *culpa in contrahendo* gemäß § 195 BGB in 30 Jahren.²³⁹ Nur wenn die *c.i.c.* ausnahmsweise neben den §§ 459 ff. BGB anwendbar ist, lässt die Rechtsprechung den Verkäufer für fahrlässig falsche Angaben über eine nicht zugesicherte Eigenschaft nicht länger haften als für eine zugesicherte Eigenschaft und wendet § 477 BGB analog an.²⁴⁰

234. BGH BB 1974, 152; BGH NJW 1977, 1538.

235. *Merkt* BB 1995, 1041, 1047. Vorschläge zur Lösung finden sich bei *Loges* DB 1997, 965, 967 ff.

236. BGH NJW 1977, 1536, 1538.

237. *Willemsen* AcP 182 (1982), 515, 555.

238. *Canaris* ZGR 1982, 395, 420.

239. BGH NJW 1990, 1658.

240. BGH ZIP 1988, 316, 317; BGH ZIP 1992, 695

Manche Vertreter von Rechtsprechung und Lehre sind der Ansicht, eine dreißigjährige Verjährungsfrist sei für die Haftung des Unternehmensverkäufers zu lang; das Rechtsinstitut der Verwirkung ermögliche keine sachgerechte Eingrenzung.²⁴¹ Es bedürfe einer kurzen Verjährungsfrist, weil das Risiko einer Veränderung verkaufter Unternehmen groß sei und der Veräußerer mit der Übergabe jede Möglichkeit der Einflussnahme verliere.²⁴²

Teilweise schlägt man deshalb eine vierjährige Frist analog § 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB vor.²⁴³ Andere befinden dies noch immer für zu lang²⁴⁴ und bevorzugen eine dreijährige Verjährungsfrist analog § 852 BGB.²⁴⁵ Dem wird entgegengehalten, es sei nicht einzusehen, warum der Käufer eines Unternehmens nach Aufdeckung seines Irrtums über bestimmte Qualitäten des Kaufgegenstandes noch drei Jahre Zeit haben soll, um seine Rechte geltend zu machen. Daher solle § 124 BGB analog angewendet werden, um den Käufer binnen eines Jahres zum Handeln zu zwingen.²⁴⁶ Ebenfalls zu einer einjährigen Frist führt der Vorschlag, § 477 Abs. 1 Satz 1, Var. 2 BGB analog anzuwenden.²⁴⁷

4. Zwischenergebnis

Wegen der Unzulänglichkeiten des deutschen Gesetzesrechts, die Gewährleistungshaftung des Unternehmensverkäufers vollständig zu erfassen, behilft man sich in der Praxis mit der dogmatischen Hilfskonstruktion der *culpa in contrahendo*. Das kodifizierte deutsche Recht ist auf Ergänzungen auf der Grundlage richterlicher Rechtsfortbildung angewiesen, damit die Gewährleistungsproblematik beim Unternehmenskauf sachgerecht gelöst werden kann. Das deutet darauf hin, dass die Rolle der Gerichte für die Rechtsentwicklung in diesem Bereich tendenziell derjenigen des Gesetzgebers ebenbürtig ist oder ihr sogar an Bedeutung überlegen ist.

241. MüKo/HGB – *Lieb* Anh. § 25 Rn. 65; *Hiddemann* ZGR 1982, 435, 449.

242. *Hommelhoff*S. 124; *Pröls* ZIP 1981, 337, 345.

243. Diskussionsbeiträge zum Kronberger Symposium 1982 zitiert nach *Grunewald* ZGR 1982, 452.

244. *Grunewald* ZGR 1982, 452.

245. *Canaris* ZGR 1982, 395, 425.

246. *G. Müller* ZHR 147 (1983), 501, 530.

247. *Westermann* ZGR 1982, 45, 61.

II. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Canaris hat vorgeschlagen, die Gewährleistungsproblematik beim Unternehmenskauf mit Hilfe der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zu lösen.²⁴⁸

Bei wesentlichen Äquivalenzstörungen, zum Beispiel auf Grund falscher Zahlenangaben des Verkäufers, soll grundsätzlich nur eine Anpassung des Kaufpreises erfolgen können.²⁴⁹ Eine Äquivalenzstörung sei wesentlich, wenn sie sich auf mindestens 15 % des Kaufpreises beziffern lasse; bei besonders hohen Kaufpreisen seien auch geringere prozentuale Abweichungen ausreichend, die beträchtliche absolute Abweichungen hervorrufen. Ein gewisser „Sockel“ von Nachteilen bleibe von vornherein außer Betracht.²⁵⁰

Die Rückgängigmachung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage komme nur ausnahmsweise als *ultima ratio* in Betracht, wenn der Käufer angesichts der Zweckstörung kein vernünftiges Interesse mehr an dem Vertrag habe und eine Rückabwicklung im Einzelfall nicht offenkundig sachwidrig sei.²⁵¹

G. Müller hat diesen Vorschlag aufgegriffen und leicht modifiziert.²⁵² Die gemeinsame subjektive Geschäftsgrundlage der Parteien entfalle auf Grund eines vom Verkäufer hervorgerufenen gemeinschaftlichen Irrtums über die Kalkulationsgrundlage. Die vom Verkäufer vorgelegten Geschäftsergebnisse bilden nach dieser Ansicht die Grundlage der Kaufpreisberechnung. Diese werde erschüttert oder falle weg, wenn sich die Zahlen nachträglich in erheblichem Umfang als unrichtig oder unvollständig erweisen.²⁵³

1. Anwendbarkeit

Die Rechtsprechung hat sich diese Auffassung bislang nicht zu eigen gemacht. In der Literatur wird kontrovers diskutiert, ob die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage eine sinnvolle Lösung der Haftungsproblematik beim Unternehmenskauf ermöglicht.

248. *Canaris* ZGR 1982, 395, 402 ff.; *G. Müller* ZHR 147 (1983), 501, 537 ff.

249. *Canaris* ZGR 1982, 395, 407 ff.

250. *Canaris* ZGR 1982, 395, 407.

251. *Palandt – Heinrichs* § 242 Rn. 130 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

252. *G. Müller* ZHR 147 (1983), 501, 537 ff.

253. *G. Müller* ZIP 1993, 1045, 1053.

Als Vorteil wird angeführt, dass durch die ausschließliche Anwendung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage Konkurrenzprobleme und Wertungswidersprüche vermieden würden, die im Verhältnis zwischen §§ 459 ff. BGB analog und den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* bestehen.²⁵⁴ Insbesondere mache die Anwendung der Lehre vom Wegfall die in ihren Voraussetzungen noch immer ungeklärte Differenzierung zwischen Anteils- und Unternehmenskauf entbehrlich.²⁵⁵

Gegen diese Lösung wird vorgebracht, dass sie zwar flexibel, aber in gleichem Maße auch unsicher sei, da die Voraussetzungen der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht hinreichend präzise geklärt seien.²⁵⁶ Deshalb seien flexible Analogien zum Sachmängelrecht zu bevorzugen, das gerade auf die Bewältigung von Äquivalenzstörungen zugeschnitten sei.²⁵⁷

Weitere Gegenargumente zielen darauf ab, dass die Fehlerhaftigkeit den Inhalt des Vertrages und nicht dessen Geschäftsgrundlage betreffe.²⁵⁸ Insofern habe eine ergänzende Vertragsauslegung Vorrang vor den Regeln der Geschäftsgrundlage.²⁵⁹

Stimmt man den Positionen *Canaris'* und *G. Müllers* zu, gelten im einzelnen folgende Besonderheiten.

2. Inhaltliche Anpassung des Vertrags

Bei einer nachträglichen Korrektur des Kaufpreises soll anhand des Kriteriums der Erkennbarkeit oder Vorhersehbarkeit der Störung entschieden werden, wie die nachträglichen Folgen zwischen beiden Vertragsparteien aufzuteilen sind. Hätte der Verkäufer einen für den Käufer nicht ersichtlichen Grund für die Störung des Äquivalenzverhältnisses erkennen müssen, habe der Verkäufer den Nachteil voll zu tragen. Der Kaufpreis sei dann nach den Regeln über die Minderung herabzusetzen.

254. *Canaris* ZGR 1982, 395, 403.

255. *Canaris* ZGR 1982, 395, 404.

256. *Lieb* verweist auf die Arbeit *Chiotellis'*, die über 56 Varianten der Lehre von der Geschäftsgrundlage mit teils erheblichen Unterschieden verzeichnet; siehe *Lieb* FS Gernhuber, 259, 267 Fn. 30.

257. *Grunewald* ZGR 1982, 452, 453; *Willemsen* AcP 182 (1982), 515, 557 ff.

258. *Lieb* FS Gernhuber, 259, 267.

259. *Grunewald* ZGR 1982, 452, 453.

Liegt der Grund für die Störung des Austauschverhältnisses außerhalb aller Vorhersehbarkeit, so soll eine einseitige Zurechnung zu Lasten des Verkäufers ausscheiden. *Canaris* schlägt hier eine differenzierende Lösung vor. Habe die Störung ihren Grund nicht in den Eigentümlichkeiten des verkauften Unternehmens, sondern stamme aus einer „neutralen Sphäre“, so sei der Nachteil beiden Parteien aufzuerlegen, im Zweifel durch hälftige Teilung. Ebenso sei zu verfahren, wenn beide Parteien sich über die Möglichkeit eines Mangels im klaren waren oder es sein mussten.²⁶⁰

Umgekehrt sei der Kaufpreis in Fällen unverhoffter Vorteile für den Käufer nach oben anzupassen.²⁶¹

Wenn ein für beide Parteien unvorhersehbarer Mangel seinen Grund in der Sphäre des verkauften Unternehmens hat, seien daraus entstehende Nachteile zwischen Käufer und Verkäufer zu verteilen, selbst wenn der Mangel nicht außerhalb aller Vorhersehbarkeit lag. *Canaris* argumentiert, dass der Ursprung des Mangels in der Unternehmenssphäre als Zurechnungsgrundlage zu schwach sei, um die Folgen allein auf den Verkäufer abzuwälzen. Deshalb müsse der Käufer ebenso weit von den negativen Folgen entlastet werden, wie wenn die Störung aus der „neutralen Sphäre“ stammte.²⁶²

III. Zwischenergebnis

Wegen des fortdauernden Meinungsstreits geben die dogmatischen Hilfskonstruktionen *culpa in contrahendo* und Wegfall der Geschäftsgrundlage dem Rechtsanwender keine verlässliche Antwort auf die Frage, wie der Verkäufer dem Käufer für Defizite des verkauften Unternehmens haftet. Zu überprüfen ist daher, inwieweit die daraus resultierende Rechtsunsicherheit durch einzelvertragliche Regelungen nach deutschem Recht beseitigt werden kann.

Die vor zwanzig Jahren getroffene Feststellung, es bestehe ein „wahres Meinungschaos“²⁶³ über die Gewährleistungshaftung beim Unternehmenskauf, ist auch heute noch zutreffend. Deshalb ist zu bezweifeln, dass sich die Haftungsfragen in absehbarer Zeit mit Hilfe gesetzlicher oder richterrechtlicher Regelungen zufriedenstellend bewältigen lassen.

260. *Canaris* ZGR 1982, 395, 409.

261. *Canaris* ZGR 1982, 395, 409.

262. *Canaris* ZGR 1982, 395, 410 f.

263. *Baur* BB 1979, 381, 382.

Weder für den Anteils- noch für den Unternehmenskauf zeichnet sich ein konsensfähiges Haftungsstatut ab, das eindeutig auf die §§ 459 ff. oder die §§ 434 ff. BGB gestützt werden könnte. Ebensowenig kann die genaue Tragweite der Lösungsansätze über die *culpa in contrahendo* oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage als gesichert gelten.

D. Einzelvertragliche Gestaltung

Damit geht ein erhebliches Defizit an Rechtssicherheit einher, das angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung von Unternehmenskäufen nicht hingegenommen werden kann. Die kautelarjuristische Praxis weicht dem aus, indem sie die Haftung des Unternehmensverkäufers einzelvertraglichen, in sich geschlossenen Regelungssystemen unterwirft. Das findet im Schrifttum weithin Zustimmung.²⁶⁴

Wegen der wirtschaftlichen Vielgestaltigkeit von Unternehmenskäufen ist es kaum möglich, standardisierte Klauseln zu entwerfen. Allein die Identität der üblicherweise geregelten Sachbereiche lässt eine vorsichtige Verallgemeinerung zu.²⁶⁵

Üblicherweise werden Haftungsregelungen in deutschen Unternehmenskaufverträgen so gefasst, dass zunächst alle gewünschten Rechtsfolgen – unter Umständen verschiedene, in ihrer Intensität abgestufte – in einer Gewährleistungsklausel abstrakt festgelegt werden. Diese beinhaltet über die Zusicherung von Eigenschaften hinaus regelmäßig auch unselbständige und selbständige Garantieverprechen. Im Anschluss daran oder in einem Anhang zum eigentlichen Vertrag folgt ein oft viele Seiten langer Katalog tatsächlicher Umstände, deren Nichtvorliegen die vorher definierten Rechtsfolgen auslösen soll.²⁶⁶ Ergänzend werden Abreden über die Dauer der Verjährungsfrist getroffen.

264. Siehe statt vieler *Hölters – Semler* VI Rn. 121; *Roschmann* ZIP 1998, 1941, 1944 unter Hinweis auf BGHZ 65, 246, 252; 69, 53.

265. *Wessing* ZGR 1982, 455, 458 f.

266. *Kessel* RIW 1997, 285, 286.

I. Zusicherung von Eigenschaften

Innerhalb des Systems der gesetzlichen Sachmängelhaftung in direkter oder analoger Anwendung kann die Haftung des Verkäufers durch die vertragliche Zusicherung von Eigenschaften verschärft werden. Eine Zusicherung liegt vor, wenn der Verkäufer ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gibt, dass er für den Bestand einer bestimmten Eigenschaft eintreten will.²⁶⁷ Die Zusicherung ist anhand der tatsächlichen Umstände des einzelnen Falles von einer darüber hinausgehenden Garantieabrede abzugrenzen.²⁶⁸

Eine solche Abrede begründet gemäß § 459 Abs. 2 BGB eine verschuldensunabhängige Haftung dafür, dass die zugesicherte Eigenschaft im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegt. Eine Zusicherung schützt den Käufer allerdings nur, soweit sie sich auf Umstände bezieht, die als „Eigenschaft“ anerkannt sind.²⁶⁹ Unsicherheit besteht, soweit bezüglich bestimmter Merkmale noch keine klärende höchstrichterliche Entscheidung ergangen ist. Um dieser Unsicherheit zu entgehen, weichen die Parteien häufig auf Abreden aus, die sich außerhalb des Systems der §§ 459 ff. BGB bewegen.²⁷⁰

II. Vertragliche Regelung außerhalb des Sachmängelrechts

Die Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 ff. BGB sind vertraglich abdingbar.²⁷¹ Etwas anderes gilt im Fall der Arglist gemäß § 476 BGB und jenseits der Grenzen der §§ 138, 242 BGB.²⁷² Dadurch steht den Parteien ein weiterer Verhandlungsspielraum offen.

267. *Palandt – Putzo* § 459 Rn. 15.

268. RGZ 146, 120, 125 m.w.N. Irreführend *Huber*, der beide Termini nicht voneinander trennt und von einer „förmlichen Garantie im Sinn des § 459 Abs. 2 BGB“ spricht; siehe *Huber* ZGR 1982, 395, 416.

269. Siehe oben Seite 42. Eine Zusammenstellung aller von der Rechtsprechung als Eigenschaften anerkannten Merkmale von Unternehmen findet sich bei *Holzapfel/Pöllath* Rn. 411 ff.

270. *Hölters – Semler* VI Rn. 116, 121.

271. *Palandt – Putzo* vor § 459 Rn. 22.

272. *Palandt – Putzo* vor § 459 Rn. 22.

Beschränkungen seiner Haftung kann der Verkäufer in aller Regel nur erreichen, wenn er dem Käufer einen niedrigeren Kaufpreis zugesteht.²⁷³ Wird die Haftung nach §§ 459 ff. BGB vollständig ausgeschlossen, erfasst dies auch sonstige Rechte, die ansonsten durch die Sachmängelgewährleistung als vorrangige gesetzliche Sonderregelung verdrängt werden würden.²⁷⁴ Die Haftung nach den zumindest teilweise kumulativ anwendbaren Grundsätzen der *culpa in contrahendo* muss folglich gesondert ausgeschlossen werden.²⁷⁵

Als ungeeignet erachtete Aspekte des gesetzlichen und richterrechtlichen Haftungsregimes lassen sich durch vertragliche Abreden modifizieren. Auf Tatbestandsebene wird definiert, welche Umstände überhaupt eine Haftung des Unternehmensverkäufers auslösen sollen.²⁷⁶ Das betrifft beispielsweise Steuerrisiken, Altlasten und Abweichungen vom Inhalt der vorgelegten Bilanzen.

Die Parteien eines Unternehmenskaufs vereinbaren in aller Regeln eingehend, welche Rechtsfolgen im Gewährleistungsfall eintreten sollen. Wird gemäß § 346 BGB ein Rücktrittsrecht verabredet, sollten die Modalitäten der Rückabwicklung detailliert geregelt werden.²⁷⁷ Üblich ist allerdings, den Rücktritt vom Vertrag auszuschließen oder auf Ausnahmefälle zu beschränken.²⁷⁸ Ferner kann der Vertrag vertragliche Schadensersatzverpflichtungen oder Klauseln enthalten, nach denen der Kaufpreis im Gewährleistungsfall anhand vorher bestimmter Berechnungsverfahren zu mindern ist.²⁷⁹

Die Parteien greifen bei der vertraglichen Gestaltung vor allem auf unselbständige und selbständige Garantien zurück, die durch Verjährungsregelungen ergänzt werden. Der Begriff der Garantie ist mehrdeutig: Ob damit eine Zusicherung, eine unselbständige oder eine selbständige Garantie gemeint ist, muss im Einzelfall durch Auslegung ermittelt werden.²⁸⁰

273. Palandt – Putzo vor § 459 Rn. 23.

274. Palandt – Putzo vor § 459 Rn. 4, 22.

275. Holzapfel/Pöllath Rn. 518.

276. Holzapfel/Pöllath Rn. 462 ff.

277. Picot I Rn. 104.

278. Holzapfel/Pöllath Rn. 485 ff., 513; Picot I Rn. 104; Roschmann ZIP 1998, 1941, 1944 f.

279. Roschmann ZIP 1998, 1941, 1945.

280. Hölters – Semler VI Rn. 122; G. Müller ZIP 1981, 707.

1. Unselbständige Garantie

Mit einer unselbständigen Garantie begründet der Verkäufer eine Einstandspflicht dafür, dass Eigenschaften oder sonstige Beschaffenheiten der Kaufsache im Sinne von § 459 BGB innerhalb einer Garantiefrist nach Gefahrübergang vorliegen.²⁸¹ Das Garantieverprechen wird als „unselbständig“ bezeichnet, weil es sich an die gesetzlichen Gewährleistungsregeln in §§ 459 ff. BGB anlehnt und sie modifiziert.

Üblicherweise wird damit eine Beweislastumkehr vereinbart. Der Verkäufer muss nachweisen, dass ein innerhalb der Garantiefrist zu Tage getretener Mangel nicht bereits bei Gefahrübergang vorlag und somit in den Verantwortungsbereich des Käufers fällt.²⁸² Räumt der Verkäufer eine über die gesetzliche Verjährungsfrist hinausgehende Garantiefrist ein, so beginnt die Verjährungsfrist für Ansprüche wegen innerhalb der Garantiefrist entdeckte Mängel erst ab der Entdeckung zu laufen.²⁸³

2. Selbständige Garantie gemäß §§ 305, 241 BGB

Ein selbständiges Garantieverprechen begründet eine absolute Einstandspflicht für einen über die Erfüllung der kaufvertraglichen Pflichten hinausgehenden Erfolg.²⁸⁴

Eine solche Garantie wird „selbständig“ genannt, weil sie die gesetzlichen Gewährleistungsregeln nicht lediglich abändert, sondern sie durch ein autonomes Gewährleistungsregime ersetzt. So können auch Merkmale garantiert werden, die nicht als Eigenschaft zusicherungsfähig sind, zum Beispiel einzelne Angaben über Umsatz und Ertrag und Angaben über künftige Umstände.²⁸⁵

281. *Palandt – Putzo* § 459 Rn. 19, § 477 Rn. 21.

282. BGH NJW 1995, 516, 517; *Palandt – Putzo* § 477 Rn. 21 f.; *Soergel – Huber* § 459 Rn. 211.

283. BGH NJW 1979, 645 m. w. N.

284. RGZ 100, 200; 122, 378, 382; *Wiedemann* FS Nipperdey, Bd. I, 815, 829.

285. *Merkt* BB 1995, 1041, 1046; *Picot* I Rn. 99.

Im Schrifttum wird teilweise vertreten, dass eine Zusicherung als „Garantieerklärung“ des Verkäufers immer als Angebot des Verkäufers auf Abschluss eines selbständigen Garantievertrags zu verstehen sei, das der Käufer im Zweifel nach § 151 BGB angenommen habe.²⁸⁶ *G. Müller* schränkt dies dahingehend ein, dass eine selbständige Garantieerklärung nur dann anzunehmen sei, wenn der Verkäufer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der von ihm vorgelegten Zahlenangaben tatsächlich die Gewähr übernehmen wolle.²⁸⁷

Übernimmt der Unternehmensverkäufer im Rahmen einer objektiven Garantie die Gefahr eines künftigen Schadens, haftet er selbst für untypische Zufälle.²⁸⁸ Mitunter will der Verkäufer lediglich garantieren, dass bestimmte Umstände nach seinem „besten Wissen“ nicht vorliegen. Eine solche Garantie der subjektiven Richtigkeit kann für den Käufer faktisch wertlos sein, da er den fast unmöglichen Beweis besserer Kenntnis des Verkäufers führen müsste, um einen Garantieanspruch zu begründen.²⁸⁹ Daher sollte aus Sicht des Käufers eine Beweislastumkehr verabredet werden, so dass der Verkäufer einer Haftung nur durch den Nachweis entgehen kann, dass er die fraglichen Umstände weder kannte noch hätte kennen müssen.²⁹⁰

Tritt der Garantiefall ein, kann der Unternehmenskäufer im Rahmen eines Erfüllungsanspruchs verlangen, schadlos gestellt zu werden; der Umfang dieser Primärverpflichtung richtet sich mangels anderweitiger Vereinbarung nach den Grundsätzen des Schadensersatzrechts.²⁹¹

Ansprüche aus einem selbständigen Garantievertrag verjähren gemäß § 195 BGB in dreißig Jahren, es sei denn, die Parteien vereinbaren eine kürzere Verjährungsfrist.²⁹²

286. *Canaris* ZGR 1982, 395, 412 f.; *G. Müller* ZIP 1993, 1045, 1052 unter Aufgabe seiner gegenteiligen Meinung aus ZHR 147 (1983), 501, 516 f., 541 f.; *Soergel – Huber* § 459 Rn. 258, 286.

287. *G. Müller* ZIP 1993, 1045, 1055.

288. BGH NJW 1985, 2941.

289. *Holzapfel/Pöllath* Rn. 494, 510; *Picot I* Rn. 101.

290. *Holzapfel/Pöllath* Rn. 510; *Picot I* Rn. 101.

291. BGH NJW 1985, 2941.

292. RGZ 146, 121; BGH BB 1979, 185; *Staudinger – Horn* vor § 765 ff. Rn. 207.

3. Verjährungsregelung

Bei der Frage der Verjährung stehen sich die Interessen von Käufer und Verkäufer diametral gegenüber. Aus Sicht des Käufers ist eine lange Frist wünschenswert, während der Verkäufer ein Interesse daran hat, etwaige Gewährleistungsansprüche möglichst schnell verjähren zu lassen.

Verjährte Ansprüche sind gemäß § 222 Abs. 1 BGB undurchsetzbar, so dass nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist endgültig Rechtsklarheit herrscht. Gemäß § 225 Satz 1 BGB kann die gesetzliche Verjährung weder ausgeschlossen noch erschwert, wohl aber gemäß § 225 Satz 2 BGB vertraglich verkürzt werden. Nur die ohnehin sehr kurzen Fristen des § 477 Abs. 1 Satz 1 BGB dürfen gemäß § 477 Abs. 1 Satz 2 BGB ausnahmsweise verlängert werden.

Von dieser Gestaltungsfreiheit machen die Parteien von Unternehmenskaufverträgen regelmäßig Gebrauch. Üblich ist es, für sämtliche in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen einheitliche Verjährungsfristen von ein bis vier Jahren zu vereinbaren.²⁹³ Für einzelne Ansprüche wegen schwer erkennbarer Mängel räumt man längere Fristen ein oder schiebt den Beginn des Fristenlaufs hinaus.²⁹⁴

4. Weitere Vertragsklauseln

Vielfach legen die Parteien Inhalt und Umfang etwaiger Schadensersatzansprüche privatautonom fest. Regelungen über Freibeträge oder Freigrenzen tragen dem Umstand Rechnung, dass geringfügige negative Abweichungen vom Idealzustand des verkauften Unternehmens als normal gelten.²⁹⁵ Erst wenn der Schaden einen bestimmten Schwellenwert überschreitet, ist der Käufer berechtigt, Ersatz zu verlangen. Für die Berechnung des Schadensumfangs wird je nach dem Inhalt der Klausel entweder nur der jeweilige Wert einzelner Schadenspositionen oder die Gesamtsumme aller Schäden berücksichtigt werden. Je nach Gestaltung im Einzelfall werden dann auch die unterhalb des Schwellenwerts liegenden Schadensposten ersetzt oder aber nur die darüber hinausgehende Differenz. Im ersten Fall spricht man von einer Freigrenze, im letzten von einem Freibetrag.²⁹⁶ Der insgesamt zu

293. *Hölters – Semler* VI Rn. 122; *Wessing* ZGR 1982, 455, 468.

294. *Holzapfel/Pöllath* Rn. 527 ff.; *Wessing* ZGR 1982, 455, 468.

295. *Holzapfel/Pöllath* Rn. 517a.

296. *Roschmann* ZIP 1998, 1941, 1947.

ersetzende Schaden kann durch eine Haftungsobergrenze auf einen Höchstbetrag limitiert werden.²⁹⁷ Ferner finden sich Klauseln, die dem Verkäufer Gelegenheit zur Nachbesserung geben, bevor der Käufer einen Schadensersatzanspruch geltend machen darf.²⁹⁸

E. Zwischenergebnis

Die Untersuchung der für den Unternehmenskauf angewendeten Gewährleistungsregeln des deutschen Rechts offenbart, dass das Fundament der kodifizierten, gesetzlichen Regeln trotz ihrer dogmatischen Präzision und Klarheit deutliche Unzulänglichkeiten für die praktische Rechtsanwendung aufweisen.

Das zwingt die Gerichte dazu, sich mit Analogiebildung und richterlicher Rechtsfortbildung zu behelfen. Gerade letztere bietet die nötige Flexibilität, um den Besonderheiten des Unternehmenskaufs gerecht zu werden. Allerdings führt das Bemühen der Gerichte, pragmatische, sachgerechte Lösungen zu bieten, mitunter zu dogmatischen Ungereimtheiten. Als Beispiel ist die an §§ 459 ff. BGB orientierte Ausgestaltung des Schadensersatzanspruches im Rahmen der *culpa in contrahendo* zu nennen, die sich von den sonst anerkannten Kausalitätserfordernissen im Rahmen des § 249 Satz 1 BGB entfernt.²⁹⁹

Potentielle Unternehmenskäufer und -verkäufer können nie mit Sicherheit prognostizieren, inwieweit die durch solche Zweifelsfragen ausgelösten Diskussionen im Schrifttum zu einer Änderung der Rechtsprechung führen werden. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit veranlasst die Parteien dazu, sämtlichen offenen Fragen mit Hilfe vertraglicher Abreden aus dem Wege zu gehen. An dieser Stelle wird der oben³⁰⁰ erörterte englische Einfluss auf die Gestaltung deutscher Verträge relevant. Welche rechtlichen Strukturen der Vertragsgestaltung in England zugrunde liegen, ist Gegenstand des folgenden 3. Teils dieser Arbeit.

297. Roschmann ZIP 1998, 1941, 1947.

298. Roschmann ZIP 1998, 1941, 1945.

299. Siehe oben ab Seite 61.

300. Siehe oben ab Seite 3.

3. TEIL: ENGLISCHES RECHT

Die Gewährleistungshaftung des Unternehmensverkäufers nach englischem Recht folgt methodischen Grundsätzen, die sich stark von der deutschen Dogmatik unterscheiden. Da die Regeln im wesentlichen auf richterlichem Fallrecht beruhen, sind sie in ihrer Gesamtheit betrachtet sehr komplex und mangels einer ordnenden Systematik für deutsche Juristen auf den ersten Blick nicht leicht zugänglich. Die detaillierte Kasuistik erschwert zunächst das Verständnis dafür, dass das Fallrecht auf außergewöhnlich flexiblen Rechtssätzen beruht. Bei genauerer Betrachtung des im folgenden dargestellten englischen "common law" wird jedoch deutlich, dass eine relativ geringe Anzahl von Rechtssätzen genügt, um sämtliche beim Unternehmenskauf relevanten Probleme der Gewährleistungshaftung zu erfassen.

In englischen Lehrbüchern und Monographien werden Regelungskomplexe üblicherweise von den Rechtsfolgen ausgehend erläutert.¹ Die folgende Darstellung geht der besseren Übersichtlichkeit halber von den Voraussetzungen auf der Tatbestandsseite der Haftungsregelungen aus.

A. Vorvertragliche Tatsachenerklärungen: "representations"

Das englische Recht sieht eine vorvertragliche Haftung für irreführende Tatsachenerklärungen vor, die den Erklärungsempfänger zum Abschluss des Vertrages bewegen ("liability for pre-contractual misrepresentation"). Werden die betreffenden Tatsachenerklärungen später in den Vertrag aufgenommen (sei es als "promissory condition", "intermediate term" oder "warranty"²), schränken die dann verfügbaren vertraglichen Ansprüche die praktische Bedeutung der Haftung wegen vorvertraglicher Erklärungen ein, ohne sie jedoch zu verdrängen.³ Dies ergibt sich aus der sogenannten "doctrine of free pleading", der zufolge im englischen Recht freie Anspruchskonkurrenz herrscht.⁴

Für den hier einschlägigen Fall wird dies ausdrücklich bestätigt durch Misrepresentation Act 1967⁵, s 1:

1. Vgl. exemplarisch die aussagekräftigen Titel der Monographien von *Beale* ("Remedies for breach of contract"), *Burrows* ("Remedies for Torts and Breach of Contract") und *Harris* ("Remedies in Contract and Tort").

2. Zu der Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten vertraglicher Abreden siehe Seiten 129 und 155 ff.

3. Siehe Misrepresentation Act 1967, s 1. Vgl. auch *Knight* S. 160.

4. *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* [1994] 3 All E.R. 506, 523–533.

“Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him, and – (a) the misrepresentation has become a term of the contract; or (b) the contract has been performed; or both, then, if otherwise he would be entitled to rescind the contract without alleging fraud, he shall be so entitled, subject to the provisions of this Act, notwithstanding the matters mentioned in paragraphs (a) and (b) of this section.”

Die im folgenden dargestellten Grundsätze leiten sich aus dem komplexen Zusammenspiel von Richterrecht (“common law” und “equity”) und Gesetzesrecht (Misrepresentation Act 1967) ab.⁶

I. Begriff der “representation”

In der hier relevanten Bedeutung des Wortes sind “representations” Tatsachenerklärungen (“statements of existing fact”).⁷ In anderem Zusammenhang hat der Begriff “representation” eine zweite, hier nicht relevante Bedeutung, die sich auf Stellvertreterhandeln entweder im Sinne zivilrechtlicher Willensvertretung oder im Kontext staatsrechtlicher Repräsentation bezieht.⁸

1. Abgrenzung von Empfehlungen und Meinungsäußerungen

In rechtlicher Hinsicht sind “representations” von bloßen Empfehlungen und Meinungsäußerungen abzugrenzen. Die Gerichte ziehen die Trennlinie zu außervertraglichen Empfehlungen zwischen marktschreierischen Anpreisungen auf der einen Seite und spezifischen Versprechungen und Behauptungen nachprüfbarer Tatsachen auf der anderen Seite.⁹

Um Tatsachenerklärungen von Meinungsäußerungen zu unterscheiden, bedarf es einer genauen Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. So können selbst objektiv nachprüfbare Umstände lediglich Gegenstand einer Meinungsäußerung sein, wenn beiden Vertragsparteien bekannt ist, dass der Erklärende bezüglich ver-

5. Englische Gesetzestexte werden im folgenden wie in Großbritannien üblich ohne Artikel in Bezug genommen.

6. *Chitty*, Bd. 1, 6-001.

7. *Glatzová* 11 I.B.L. 1998, 453, 455; *Treitel* S. 305.

8. Oxford Dictionary of Law 1996, S. 343.

9. Bloße Anpreisungen: *Lexmead (Basingstoke) Ltd v Lewis* [1982] A.C. 225 – Vertragliche Versprechung bzw. nachprüfbare Tatsachenbehauptung; *Smith v Land and House Property Corp* (1884) 28 Ch.D. 7.

tragswesentlicher Aspekte nicht über Informationen aus erster Hand verfügt, sondern nur eine persönliche Einschätzung abgibt.¹⁰ Wenn der Erklärende hingegen Spezialwissen über den von ihm beschriebenen Umstand hat oder zu haben vorgibt, sind seine Äußerungen in aller Regel als Tatsachenerklärungen einzustufen.¹¹

Eine Besonderheit liegt darin, dass auch bewusst falsche Meinungsäußerungen ausnahmsweise als Tatsachenerklärungen bewertet werden können. Dies wird beispielsweise dann bejaht, wenn der Erklärende eine Bewertung oder Einschätzung eines verkehrswesentlichen Umstandes im bewussten Widerspruch zu seiner inneren Überzeugung vornimmt.¹² Zudem kann eine Meinungsäußerung eine konkludente Tatsachenerklärung beinhalten, falls sie auf Fakten basiert, die insbesondere dem Erklärenden zugänglich sind.¹³ Dies gilt auch dann, wenn der Erklärende seine (Fehl-)Einschätzung in gutem Glauben abgibt, sofern er es zuvor versäumt hat, eine ihm ohne weiteres zugängliche Tatsachengrundlage zu überprüfen.¹⁴

2. Abgrenzung von Erklärungen über die Rechtslage

Ferner sind Tatsachenerklärungen von Erklärungen über die Rechtslage zu unterscheiden. Gesichert ist, dass derartige “statements of law” keine Grundlage für einen Schadensersatzanspruch bieten, weder auf der Grundlage des “common law”-Fallrechts noch gemäß den Vorschriften des Misrepresentation Act 1967.¹⁵ Im Kontext des Unternehmenskaufs kann dies insbesondere im Hinblick auf Äußerungen über die Rechtswirkungen bestimmter Dokumente (z. B. Verträge, die das verkaufte Unternehmen involvieren) oder über ausländisches Recht (z. B. betreffend Geschäftsaktivitäten im Ausland) relevant werden:

10. *Bissett v Wilkinson* [1927] A.C. 177.

11. *Eso Petroleum Co Ltd v Mardon* [1976] Q.B. 801; *Box v Midland Bank Ltd* [1979] 2 Lloyd's Rep. 391.

12. *Brown v Raphael* [1958] Ch. 636, 641.

13. *Smith v Land and House Property Corp* (1884) 28 Ch.D. 7, 15.

14. *Brown v Raphael* [1958] Ch. 636.

15. Vgl. *National Pari-Mutuel Association v R.* (1930) 47 T.L.R. 110.

Während eine Äußerung über den Inhalt eines Dokuments ohne weiteres eine Tatsachenerklärung darstellt,¹⁶ können Erklärungen über die Bedeutung eines solchen Dokuments allenfalls dann als “representation” gelten, wenn es sich um Erklärungen über konkrete, einer Person zustehende Ansprüche (“private rights”) handelt.¹⁷ Diese können ausnahmsweise die Haftung für “misrepresentation” auslösen, auch wenn es sich nicht im eigentlichen Sinne um Tatsachenerklärungen handelt.¹⁸

Äußerungen über ausländisches Recht sind ebenso wie nach englischem Prozessrecht¹⁹ als Tatsachenerklärungen zu behandeln.²⁰

Unschärfen ergeben sich daraus, dass eine Erklärung über die Rechtslage im Einzelfall auch eine Meinungsäußerung sein kann. Dann sind die Grundsätze zu beachten, nach denen eine bewusst falsche Meinungsäußerung ausnahmsweise als Tatsachenerklärung eingestuft werden kann.²¹

3. Erklärungen über zukünftige Tatsachen

Äußerungen über zukünftige Tatsachen sind *per definitionem* keine “statements of existing fact”. Der Court of Appeal hat jedoch eine wichtige Einschränkung dieses Grundsatzes postuliert: In der Erklärung über sein zukünftiges eigenes Verhalten kann eine Äußerung über die derzeitigen Absichten des Erklärenden liegen. Gegenwärtige Absichten wiederum werden in einem vielzitierten *locus classicus* von Lord Justice Bowen als Tatsachen qualifiziert:

“There must be a mis-statement of an existing fact; but the state of a man’s mind is as much a fact as the state of his digestion. [...] A misrepresentation as to the state of a man’s mind is, therefore, a mis-statement of fact.”²²

16. *Wauton v Coppard* [1889] 1 Ch. 92.

17. *Horry v Tate & Lyle Refineries Ltd* [1982] 2 Lloyd’s Rep. 417.

18. *André & Cie SA v Ets. Michel Blanc & Fils* [1979] 2 Lloyd’s Rep. 427, 431, 432.

19. Dem liegt das Prinzip zugrunde, dass englische Gerichte auch Sachverhalte mit ausschließlich ausländischen Anknüpfungspunkten nach englischem Recht behandeln, wenn die Parteien davon absehen, das ihrer Ansicht nach anwendbare ausländische Recht vorzutragen. Einzelheiten dazu finden sich bei *Dicey/Morris* S. 36 ff.

20. *André & Cie SA v Ets. Michel Blanc & Fils* [1979] 2 Lloyd’s Rep. 427, 431, 432.

21. *Oudaille v Lawson* [1922] N.Z.L.R. 259; vgl. ferner die Angaben in Fußnote 12.

22. *Edgington v Fitzmaurice* (1885) 29 Ch.D. 459, 482.

Diese Regel ist für den speziellen Bereich der Schiffversicherungen gemäß Marine Insurance Act 1906, s 20(1) und (3) auf Erwartungen oder Einschätzungen hinsichtlich zukünftiger Geschehnisse (“expectations or beliefs as to future events”) ausgedehnt worden. Wahrscheinlich ist, dass diese Ausdehnung auch für andere Rechtsbereiche wie den des Unternehmenskaufs gilt: *Locker and Woolf Ld v Western Australian Insurance Co*²³ stellt zumindest für Marine Insurance Act, s 20(2) klar, dass die Vorschrift eine allgemein gültige Regel beinhaltet.

Im Schrifttum wird des weiteren vorgeschlagen, die Regel in *Edgington v Fitzmaurice* in der Weise zu verallgemeinern, dass sämtliche Erklärungen über eigene Absichten als Tatsachenerklärung zu behandeln sind.²⁴ Dies lässt sich mit Hilfe eines *argumentum a fortiori* rechtfertigen. Wenn es schon als Tatsachenerklärung zu behandeln sein soll, Einschätzungen über äußere Geschehnisse als Tatsachenerklärung einzustufen, dann muss dies erst recht für beabsichtigte eigene Handlungen gelten: Die Absicht, in der Zukunft etwas zu tun, enthält zugleich die Tatsache, dass sich der Erklärende gegenwärtig zu dieser Tat in der Lage sieht.

4. Schweigen: “non-disclosure”

Schweigen (“non-disclosure”) stellt grundsätzlich keine falsche Tatsachenerklärung dar, da das englische Recht keine allgemeine vertragliche Aufklärungspflicht (“duty of disclosure”) kennt.²⁵ Selbst das Verschweigen wesentlicher Umstände, die den Entschluss der anderen Partei bei vernünftiger Betrachtungsweise beeinflussen würden, kann daher kein Recht zur Vertragsauflösung begründen.²⁶ Der Hintergrund dieser Regelung wird darin gesehen, dass Vertragsschließende belohnt werden sollen, die sich aufgrund höherer Intelligenz oder gründlicherer Erkundigungen einen Wissensvorsprung erarbeitet haben. Rechtspolitisch schafft das Fehlen einer allgemeinen Aufklärungspflicht einen Anreiz, in den Erwerb von Wissen (“skill and knowledge”) zu investieren.²⁷

23. [1936] 1 K.B. 408, 414.

24. *Treitel* S. 307.

25. *Ward v Hobbs* (1878) 4 App.Cas. 13.

26. *Bell v Lever Brothers Ld* [1932] A.C. 161, 227 *per Lord Atkin*.

27. *Anson* S. 257 m. w. N.

Etwas anderes gilt in Fällen der sogenannten “*contracts uberrimae fidei*”²⁸, in denen eine besondere Treuepflicht zwischen den Vertragsparteien besteht. Zu dieser besonderen Vertragskategorie werden beispielsweise Versicherungsverträge gezählt.²⁹ Der Grund hierfür dürfte darin liegen, dass die zutreffende Kalkulation der Versicherungsprämie davon abhängt, dass der Versicherte genaue Auskunft über bestehende Risikofaktoren erteilt. Auf diese Auskunft muss um so mehr Verlass sein, als versteckte Risiken sich nicht allein zu Lasten des Versicherers auswirken. Die Abwicklung von Schäden, die auf nicht mitgeteilten Risiken beruhen, würde das Gesamtkapital der Versicherung schmälern, ohne dass dies durch entsprechend höhere Risikoprämien abgegolten worden wäre. Insofern reichen unzureichend oder falsch gegebene Auskünfte indirekt auch zum Nachteil der übrigen Versicherten.

Unternehmenskaufverträge zählen hingegen nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung nicht zu den “*contracts uberrimae fidei*”. Sie werden typischerweise zwischen ebenbürtigen Verhandlungspartnern geschlossen und sind daher sogenannte “*transactions at arm’s length*”. Daher bleibt es bei dem Grundsatz, dass Schweigen in diesem Zusammenhang keine “*representation*” darstellt. Anders verhält es sich lediglich, wenn relevante Umstände nur unvollständig wiedergegeben werden oder teilweise verschwiegen werden.³⁰ Zum einen ist denkbar, dass eine zum Zeitpunkt der vorvertraglichen Erklärung korrekt benannte Tatsache sich vor Vertragsschluss verändert. Dann liegt eine “*misrepresentation*” vor, wenn der Erklärende es wider besseres Wissen unterlässt, vor dem Abschluss des Vertrages auf die Veränderung hinzuweisen.³¹

In dem der zitierten Entscheidung *With v O’Flanagan* zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Verkäufer bei den Verhandlungen über die Veräußerung einer Arztpraxis erklärt, dass die Jahreseinnahmen dieser Praxis ungefähr 2.000 Pfund betragen. Als der Kaufvertrag vier Monate nach Abgabe dieser Erklärung unterzeichnet wurde, hatten sich die Umstände inzwischen aufgrund einer Erkrankung des Verkäufers derart verschlechtert, dass von einer aktiv betriebenen Praxis kaum noch die Rede sein konnte. Der Court of Appeal entschied, dass der Verkäufer ver-

28. Lateinisch für „von äußerstem Vertrauen geprägt“.

29. *Anson* S. 258.

30. *Dimmock v Hallett* (1866) L.R. 2 Ch.App. 21.

31. *With v O’Flanagan* [1936] 1 All E.R. 727; *British and Commonwealth Holdings v Quadrex Holdings Inc* [1989] Q.B. 842.

pflichtet gewesen wäre, seine unzutreffend gewordene Tatsachenerklärung zu berichtigen.³² Die vom Käufer erklärte Vertragsauflösung wurde deshalb auf der Grundlage einer “misrepresentation by way of partial non-disclosure” für rechtmäßig erklärt.

Ferner kann es vorkommen, dass das Verschweigen zusätzlicher Umstände die erklärten Tatsachen als falsch erscheinen lässt. Hier kann insofern von einer Aufklärungspflicht des Erklärenden gesprochen werden, als die Gerichte wegen Unvollständigkeit missverständliche Erklärungen als “misrepresentation” behandeln. Das wird aus der Entscheidung *Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Co Ltd*³³ ersichtlich: Die Klägerin hatte ein weißes Kleid in die Reinigung gegeben. Die Kassiererin bat die Klägerin, durch ihre Unterschrift einem Haftungsausschluss zuzustimmen, der sich auf Schäden an den auf das Kleid genähten Perlen und Pailletten beziehe. In Wahrheit umfasste der von der Klägerin daraufhin unterzeichnete Ausschluss jegliche Schäden. Als die Klägerin wegen einer Beschädigung des Kleides Schadensersatz verlangte, berief sich die beklagte Reinigungsfirma auf den Haftungsausschluss. Das Gericht entschied, dass die für sich betrachtet zutreffende Erklärung der Kassiererin den falschen Eindruck erweckte, dass die Haftung für andere Schäden als die an Perlen und Pailletten nicht ausgeschlossen werde. Wegen dieser “misrepresentation” versagte der Court of Appeal der Beklagten, sich auf die Ausschlussklausel zu berufen.

II. Weitere Tatbestandsmerkmale

1. Eindeutigkeit: “unambiguity test”

Kann einer Tatsachenerklärung ausschließlich eine einzige Bedeutung beigemessen werden, lässt sich anhand eines Vergleichs mit der objektiven Realität ohne weiteres beurteilen, ob sie falsch oder irreführend ist und somit eine “misrepresentation” darstellt.

32. *With v O'Flanagan* [1936] 1 All E.R. 727, 732.

33. [1951] 1 K.B. 805.

Problematisch ist es hingegen, wenn die Tatsachenerklärung mehrdeutig ist. Dann kommt eine Haftung von vornherein nur in Betracht, wenn der Erklärende ihr eine unzutreffende Bedeutung beigemessen hat.³⁴ Der Haftungsumfang hängt dann davon ab, ob der Erklärende mit dem Vorsatz handelte, dass seine Erklärung mehrdeutig war und dass der Erklärungsempfänger ihr eine irreführende Bedeutung beigemessen werde,³⁵ oder ob er in gutem Glauben war.³⁶

2. Wesentlichkeit: “materiality test”

Grundsätzlich muss die Tatsachenerklärung wesentlich (“material”) sein.³⁷ Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Erklärung objektiv geeignet ist, die Entscheidung eines vernünftig denkenden Dritten über den Vertragsschluss zu beeinflussen oder ihn davon abzuhalten, Erkundigungen einzuholen.³⁸ Dass der Erklärende die betreffende Tatsache in gutem Glauben für unwesentlich hält, ist demnach irrelevant.³⁹

Ausnahmsweise ist der Erklärende auch haftbar für unwesentliche “misrepresentations”: Das ist zum einen der Fall, wenn der Erklärende mit betrügerischer Intention handelt.⁴⁰ Zum anderen sind objektiv unwesentliche Tatsachenerklärungen als erheblich zu behandeln, wenn sie im später abgeschlossenen Vertrag ausdrücklich als wesentlich qualifiziert sind.⁴¹ Dies gestattet es, den Anwendungsbereich der Haftung für Tatsachenerklärungen durch sorgfältige formulierte Erklärungen über den Zustand des Kaufobjekts deutlich zu erweitern. Ferner kann es sich empfehlen,

34. *McInerny v Lloyd's Bank Ltd* [1974] 1 Lloyd's Rep. 246, 254.

35. Dies kann eine Haftung für “fraudulent misrepresentation” auf der deliktischen Rechtsgrundlage des “tort of deceit” auslösen; siehe Seite 87. Hat der Erklärende absichtlich eine Irreführung des Erklärungsempfängers bewirkt, ist ihm der Einwand verwehrt, dass die Äußerung bei objektiver Auslegung eine zutreffende Bedeutung hat; *Occidental Worldwide Investment Corp v Skibs A/S Avanti, Skibs A/S Glarona, Skibs A/S Navalis (The “Siboen” and the “Sibotre”)* [1976] 1 Lloyd's Rep. 293, 318.

36. In diesem Fall kommt allein eine Haftung für sorgfaltswidrig falsche Tatsachenerklärung (“negligent misrepresentation”) in Betracht; siehe Seite 90.

37. *Lonrho plc v Fayed* (No. 2) [1994] 4 All E.R. 961, 966. Dem liegt der aus dem römischen Recht bekannte Grundsatz *de minimis non curat praetor* zugrunde.

38. *Dimmock v Hallett* (1866) L.R. 2 Ch.App. 21, 29.

39. *Joel v Law Union and Crown Insurance Co* [1908] 2 K.B. 863, 883.

40. *Smith v Kay* (1859) 7 H.L.C. 750.

41. *Andersen v Fitzgerald* (1853) 4 H.L.C. 484; *London Assurance v Mansel* (1879) 11 Ch.D. 363, 368.

einzelne Erklärungen explizit als wesentlich einzustufen, um im Streitfalle langwierige und kostspielige Beweiserhebungen über die Frage der Wesentlichkeit zu vermeiden. Eine derartig ausdrücklich im Vertrag qualifizierte vorvertragliche Erklärung gewinnt dadurch den Charakter einer Vertragsabrede, so dass dann neben den Regeln über die Haftung wegen vorvertraglicher “misrepresentation” die unten⁴² erläuterten Grundsätze der Haftung auf vertraglicher Basis anzuwenden sind.

3. Kausalität: “reliance test”

Der Erklärungsempfänger muss ferner auf die Tatsachenerklärung vertraut haben. Die Erklärung muss zumindest mitursächlich für den Abschluss des Vertrages sein (“inducement to enter into the contract”).⁴³ Für den klagenden Käufer ist es ausreichend, wenn er beweisen kann, dass die betreffende “misrepresentation” vom Verkäufer gemacht wurde und dass diese geeignet war, zum Abschluss des Vertrages zu motivieren. Dem Verkäufer steht der Gegenbeweis offen, dass der Käufer den Vertrag auch dann abgeschlossen hätte, wenn die Erklärung nicht abgegeben worden wäre.⁴⁴

In diesem Sinne sind Ansprüche wegen einer “misrepresentation” ausgeschlossen, wenn die Erklärung ihrem Empfänger nicht zur Kenntnis gelangt ist⁴⁵ oder er (oder sein Vertreter⁴⁶) ihren irreführenden Gehalt durchschaut hat.⁴⁷ Ebenso wenig kann der Erklärungsempfänger sich auf eine “misrepresentation” berufen, wenn er hinsichtlich der ihm gegenüber abgegebenen Erklärung bewusst das Risiko eingegangen ist, sie könne unzutreffend sein.⁴⁸ Ferner scheidet eine Haftung aus, wenn der Erklärungsempfänger sich bei seiner Entscheidung über den Vertrags-

42. Ab Seite 123.

43. *Edgington v Fitzmaurice* (1885) 29 Ch.D. 459.

44. *Smith v Chadwick, Chadwick, Adamson, and Collier* (1884) 9 App.Cas. 187, 196. Die jüngere Entscheidung *County NatWest Bank Ltd v Barton* präzisiert dies für den Sonderfall einer arglistig abgegebenen, falschen Tatsachenerklärung dahingehend, dass die Kausalität der “misrepresentation” für den Entschluss des Erklärungsempfängers vermutet wird, sofern eine Beeinflussung wahrscheinlich ist: “Where a fraudulent misrepresentation had been made, the presumption arose that if the false statement was likely to play a part in the decision of a reasonable person it would be presumed that it did unless the representor satisfied the court to the contrary”, Times L.Rep. 29 July 1999, 1.

45. *Ex parte Biggs* (1859) 28 L.J.Ch. 50.

46. *Bawden v The London, Edinburgh, and Glasgow Assurance Co* [1892] 2 Q.B. 534; *Strover v Harrington* [1988] Ch. 390.

47. *Eurocopy plc v Teesdale* [1992] B.C.L.C. 1067.

schluss ausschließlich auf eigene Informationen verlassen hat,⁴⁹ es sei denn, dem Erklärenden kann betrügerische Absicht nachgewiesen werden.⁵⁰ Hingegen bleibt der Erklärende auf der Grundlage einer “misrepresentation” haftbar, wenn der Erklärungsempfänger eine ihm gegebenenfalls offenstehende Möglichkeit nicht ergriffen hat, die Erklärung auf ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen.⁵¹

Ansprüche wegen “misrepresentation” können ferner auf Tatsachenerklärungen gestützt werden, die nicht dem späteren Vertragspartner und Anspruchsteller, sondern einem Dritten gegenüber abgegeben wurden, sofern der Erklärende beabsichtigte, dass die Äußerung dem späteren Vertragspartner zur Kenntnis gelangen würde.⁵²

III. Rechtsfolgen der vorvertraglichen “misrepresentation”

Im Falle einer “pre-contractual misrepresentation” stehen der anderen Vertragspartei verschiedene Anspruchsgrundlagen zur Verfügung. Ob diese alternativ oder kumulativ zueinander sind, hängt von verschiedenen Voraussetzungen ab. Wegen der Eigenart der englischen Denkweise, eine rechtliche Analyse vorrangig von der Rechtsfolgenseite her vorzunehmen, lassen sich diese aufgrund der Komplexität der Zusammenhänge nicht gänzlich von den Tatbestandsmerkmalen trennen, ohne dass dies einen irreführenden Eindruck vermitteln würde.

48. *JEB Fasteners Ltd v Marks Bloom & Co (a firm)* [1983] 1 All E.R. 583; *Atlantic Lines & Navigation Co Inc v Hallam Ltd (The “Lucy”)* [1983] 1 Lloyd’s Rep. 188.

49. *Jennings v Broughton* (1854) 5 D.M. & G. 126.

50. *S. Pearson & Son Ltd v Dublin Corporation* [1907] A.C. 351.

51. Dies gilt unabhängig davon, ob der Erklärende mit betrügerischer Absicht, fahrlässig oder sogar gänzlich schuldlos handelte; vgl. *Gordon v Selico Ltd* (1986) 278 E.G. 53, 61 und *Strover v Harrington* [1988] Ch. 390, 410 (betreffend den Fall der “fraudulent misrepresentation”); *Smith v Eric S. Bush, Harris* [1990] 1 A.C. 831 (betreffend den Fall der “negligent misrepresentation”); *Redgrave v Hurd* (1881) 20 Ch.D. 1 (betreffend den Fall der “innocent misrepresentation”). Ob *Redgrave v Hurd* nach wie vor geltendes Recht wiedergibt, muss vor dem Hintergrund bezweifelt werden, dass die Entscheidung zu einer Zeit erging, als der Begriff “innocent misrepresentation” sämtliche Tatsachenerklärungen umfasste, die ohne betrügerische Absicht abgegeben wurden; *Treitel* S. 314.

52. *Pilmore v Hood* (1838) 5 Bing.N.C. 97.

1. Deliktsrechtlicher Schadensersatz: “damages”

Das englische Recht beinhaltet keine deliktsrechtliche Generalklausel, sondern eine Vielzahl verschiedener Rechtsgrundlagen, auf die ein außervertraglicher Schadensersatzanspruch gestützt werden kann.⁵³ Dabei ist zu differenzieren zwischen Anspruchsgrundlagen, die sich im Wege des richterrechtlichen “common law” entwickelt haben (“torts”⁵⁴) und den gesetzlichen Ansprüchen auf der Basis des Misrepresentation Act 1967.

Die englische Rechtsterminologie umschreibt den erlittenen Schaden üblicherweise als “harm” oder “loss”, während der Begriff “damages” sich im allgemeinen auf den Schadensersatz bzw. den Anspruch auf Schadensersatzleistung bezieht.

a) Arglistig falsche Tatsachenerklärungen

“Deceit” oder “fraudulent misrepresentation” beschreibt eine arglistig falsche Tatsachenerklärung, die entweder mit Vorsatz hinsichtlich der Falschheit der Tatsache⁵⁵, ohne Überzeugung hinsichtlich ihrer Korrektheit⁵⁶, oder ins Blaue hinein abgegeben wird⁵⁷. Auf eine etwaige Absicht, dem Erklärungsempfänger Schaden zuzufügen, kommt es nicht an.⁵⁸ Jedoch finden sich in älteren Entscheidungen Hinweise dafür, dass es unter Umständen an “fraud” fehlen kann, wenn dem Erklärenden zwar die Falschheit seiner Erklärung bewusst ist, ihm jedoch die Einsicht in die Wesentlichkeit (“materiality”) der Aussage für den Vertragsschluss verborgen bleibt.⁵⁹

53. *Rudden 6/7 Tulane Civil Law Forum 1991/1992, 105, 110 ff.* Zwar wurde noch in der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts die These vertreten, dass sich auch im “common law” ein allgemeines Haftungsprinzip herauskristallisieren würde (*Pollock S. 21 ff.; Winfield 27 Columbia L.Rev. 1927, 1 ff.*). Die Entwicklung hat jedoch gezeigt, dass die Kritiker dieser These (*Salmond § 2(3); Goodhart 2 M.L.R. 1938/1939, 1*) recht behalten haben: Bis heute hat sich keine einheitliche dogmatische Grundlage der deliktischen Haftung (“liability for tort”) etablieren können.

54. Siehe dazu sogleich die Abschnitte a) und b).

55. “With knowledge of its falsity”.

56. “Without belief in its truth”.

57. “Recklessly, not caring whether it is true or false”.

58. *Polhill v Walter (1832) 3 B. & Ad. 114.*

59. In dem der Entscheidung *Angus v Clifford [1891] 2 Ch. 449* zugrundeliegenden Sachverhalt legten die Verkäufer einer Goldmine einen Verkaufsprospekt vor, den sie als „für die Geschäftsführer erstellt“ beschrieben, während er in Wahrheit für die Verkäufer selbst angefertigt worden war.

i) Ersatzfähiger Schaden

Dem in diesem Zusammenhang wichtigsten Präzedenzfall der jüngeren Vergangenheit lag folgender Sachverhalt zugrunde:⁶⁰ Der Kläger hatte sich beim Vertragsschluss auf die arglistig falsche Erklärung verlassen, sein Gebot für den Erwerb von Geschäftsanteilen werde mit Offerten von zwei Mitbieterern konkurrieren. Als die von ihm aufgrund eines entsprechend hohen Angebotes erworbenen Geschäftsanteile deutlich an Wert verloren, verkaufte er sie unter Verlust.

Das House of Lords entschied, dass sämtliche adäquat kausal verursachten Schadenspositionen vom Verkäufer zu ersetzen waren, unabhängig davon, ob sie vorhersehbar waren. Dies umfasst auch Folgeschäden (“consequential loss”).⁶¹ Der Erklärungsempfänger kann demnach grundsätzlich verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn die schädigende Handlung nicht begangen worden wäre, d. h. wenn die falsche Tatsachenerklärung nicht abgegeben worden wäre.⁶² Hätte der Unternehmenskäufer ohne die falsche Tatsachenerklärung von dem Vertragsschluss Abstand genommen, kann er die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Marktwert des Kaufobjekts zur Zeit des Vertragsschlusses ersetzt verlangen.⁶³

Etwas anderes gilt, wenn die falsche Tatsachenerklärung dergestalt fortwirkt, dass ihr Adressat von einem zwischenzeitlich möglichen, schadensmindernden Verkauf absieht oder wenn ein solcher Verkauf aufgrund äußerer Umstände nicht möglich ist. In diesem Fall ist der Schaden als Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem bei einem späteren Verkauf erzielten Preis zu beziffern.⁶⁴

60. *Smith New Court Securities Ltd v Scrimgeour Vickers (Asset Management) Ltd* [1996] 4 All E.R. 769.

61. *Smith New Court Securities Ltd v Scrimgeour Vickers (Asset Management) Ltd* [1996] 4 All E.R. 769.

62. “The correct measure of damages in the tort of deceit was an award which put the plaintiff in the position he would have been in if the deceit had not been perpetrated”, *Smith Kline & French Laboratories Ltd v Long* [1988] 3 All E.R. 887, 894. Vgl. ferner *McGregor* Rn. 1962 ff.; *Winfield/Jolowicz* S. 289.

63. *McConnel v Wright* [1903] 1 Ch. 546; *Clark v Urquhart* [1930] A.C. 28. Vgl. ferner *Westgate v Bracknell D.C.* (1987) 19 H.L.R. 735; *Smith v Eric S. Bush, Harris* [1990] 1 A.C. 831, 851; *Hussey v Eels* [1990] 2 Q.B. 227, 241.

64. *Smith New Court Securities Ltd v Scrimgeour Vickers (Asset Management) Ltd* [1996] 4 All E.R. 769.

Die Entscheidung *East v Maurer* belegt, dass der Käufer eines Unternehmens im Falle der “fraudulent misrepresentation” auch Ersatz für den entgangenen Gewinn verlangen kann, den er auf der Grundlage der “misrepresentation” vernünftigerweise hätte erwarten können.⁶⁵ Für die Berechnung des ersatzfähigen Schadensumfangs ist dazu der hypothetische Gewinn zu ermitteln, den der Kläger erwirtschaftet hätte, wenn er einen vergleichbaren Betrag in den Kauf eines anderen Unternehmens investiert hätte.⁶⁶ Dies wird dadurch begrenzt, dass entgangener Gewinn nur bis zu dem Zeitpunkt ersatzfähig ist, in dem der Käufer – unter Wahrnehmung seiner Schadensminderungspflicht – das erworbene Unternehmen bestmöglich weiterveräußern kann.⁶⁷ In dem der zitierten Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte ein prominenter Friseur beim Verkauf eines seiner Salons dem Käufer fälschlich mitgeteilt, dass er nicht selbst in seinem zweiten, nahe dem verkauften gelegenen Salon arbeiten werde. *Lord Justice Bellam* bezifferte den zu ersetzenden entgangenen Gewinn als Differenz zwischen den tatsächlich vom Käufer erzielten Einnahmen zu den Einnahmen, die er mutmaßlich erzielt hätte, wenn er einen ähnlichen Salon in vergleichbarer Lage erworben hätte.⁶⁸

ii) Kausalzusammenhang: “remoteness of damage”

Gelingt es dem Anspruchsteller, diese Tatbestandsmerkmale zu beweisen, so kann er sich im Vergleich zur Haftung für “negligent misrepresentation” oder “breach of contract” auf ihm vorteilhaftere Regeln hinsichtlich des Kausalitätszusammenhangs zwischen irreführender Tatsachenerklärung und Schaden (“remoteness of damage”) stützen. Diese Regeln betreffen die Ersatzfähigkeit von Folgeschäden:

Während im Rahmen anderer Rechtsgrundlagen Beschränkungen eingreifen, ist im Falle der “fraudulent misrepresentation” sämtlicher äquivalent kausal verursachte Schaden zu ersetzen, unabhängig davon, ob die Parteien mit der Möglichkeit seines Eintritts rechneten oder ihn bei sorgfältiger Betrachtung hätten vorhersehen können.⁶⁹ Davon sind auch Folgeschäden umfasst.⁷⁰

65. *East v Maurer* [1991] 2 All E.R. 733, 738, 740.

66. *East v Maurer* [1991] 2 All E.R. 733, 740.

67. *East v Maurer* [1991] 2 All E.R. 733, 736, 738.

68. *East v Maurer* [1991] 2 All E.R. 733, 738 f.

69. *Doyle v Olby (Ironmongers) Ltd* [1969] 2 Q.B. 158, 167 *per Lord Denning M.R.*

70. *Smith New Court Securities v Citibank NA* [1997] A.C. 254, 255.

b) Sorgfaltswidrig falsche Tatsachenerklärungen

Ein deliktischer Schadensersatzanspruch (“damages for negligence at common law”) kann ferner darauf gestützt werden, dass der Erklärende sorgfaltswidrig eine falsche Tatsachenerklärung abgibt. Das setzt nach der Grundsatzentscheidung *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* voraus, dass der Erklärende eine ihm dem Erklärungsempfänger gegenüber obliegende, spezifische Sorgfaltspflicht verletzt hat, in vernünftiger Weise für die Akkuratess der Aussage Sorge zu tragen.⁷¹ Eine solche spezifische Sorgfaltspflicht erwächst aus besonderen Rechtsverhältnissen (“special or commercial relationships”), von denen im Kontext des Unternehmenskaufs vorrangig von Relevanz ist, dass bloße Verhandlungen zwischen Käufer und Verkäufer ausreichen können, um eine spezifische Sorgfaltspflicht im Sinne von *Hedley Byrne v Heller* zu begründen.⁷² Entscheidend ist ferner, dass diese Sorgfaltspflicht gerade dem Kläger gegenüber geschuldet wird. Dazu muss der Kläger in den Schutzbereich der Sorgfaltspflicht einbezogen sein.⁷³ In der zitierten Entscheidung beispielsweise wurde eine solche Einbeziehung für den Fall bejaht, dass die klägerische Werbeagentur von der beklagten Bank eine falsche Auskunft über die finanzielle Situation eines Kunden bekommen hatte. Ausschlaggebend war dafür der Umstand, dass die beklagte Bank hätte erkennen können, dass die Klägerin sich auf die Sachkunde der Bank verlassen und entsprechende Dispositionen treffen würde.⁷⁴

Die auf *Hedley Byrne v Heller* beruhende deliktsrechtliche Haftung für “negligent misrepresentations” auf der Grundlage des richterrechtlichen “common law” hat in der Praxis keine große Bedeutung erlangt. Der Grund dafür liegt darin, dass der wenige Jahre nach der Entscheidung erlassene Misrepresentation Act 1967, s 2(1) ermöglicht, einen gesetzlichen Schadensersatzanspruch wegen “negligent misrepresentation” auch ohne den Nachweis einer “special relationship” geltend zu machen.⁷⁵

71. *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] A.C. 465.

72. *Esso Petroleum Co Ltd v Mardon* [1976] Q.B. 801, 827 *per Ormrod LJ*. Mit Blick auf die deutsche Rechtsprechung ist in dieser Entscheidung bemerkenswert, dass die vom Verpächter einer Tankstelle gemachten Angaben über den potentiellen zukünftigen Umsatz als “representations” anzusehen sind. Dies ist vollkommen unabhängig davon, ob es sich um „Eigenschaften“ der Tankstelle handelt.

73. *Donoghue v Stevenson* [1932] A.C. 562.

74. *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] A.C. 465, 466.

75. Siehe dazu sogleich ab Seite 91.

i) Ersatzfähiger Schaden

Der Adressat einer sorgfaltswidrig abgegebenen falschen Tatsachenerklärung kann verlangen, so gestellt zu werden, als wäre die sorgfaltswidrig falsche Tatsachenerklärung nicht abgegeben worden.⁷⁶ Im Fall des Anteilserwerbs ist die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem tatsächlichen Marktwert der Anteile zur Zeit des Vertragsschlusses zu ersetzen.⁷⁷

ii) Kausalzusammenhang: “remoteness of damage”

Im Rahmen eines deliktischen Ersatzanspruches wegen “negligent misrepresentation” sind nur solche Schadenspositionen ersatzfähig, die bei sorgfältiger Betrachtung im Zeitpunkt der schädigenden Handlung hätten vorhergesehen werden können.⁷⁸ Dies beinhaltet gegenüber den im Falle einer “fraudulent misrepresentation” zu ersetzenden Schadensposten eine deutliche Beschränkung; jedoch ist der ersatzfähige Schadensumfang immer noch weiter als im Rahmen eines vertraglichen Schadensersatzanspruches.⁷⁹

c) Schadensersatz gemäß Misrepresentation Act 1967

Misrepresentation Act 1967 baut auf den richterrechtlichen Regeln des “common law” auf und ergänzt sie. In Abgrenzung zu den richterrechtlichen Deliktsregeln, die das originäre “law of torts” ausmachen, werden die kodifizierten Normen als “statutory torts” bezeichnet.⁸⁰

Da das nur drei Paragraphen umfassende Spezialgesetz die in ihm verwendeten Rechtsbegriffe nicht legaldefiniert, ist auf die oben⁸¹ dargestellten richterrechtlichen Begriffsbildungen zur “misrepresentation at common law” zurückzugreifen. Unklar ist jedoch, ob der Begriff der “misrepresentation” im Rahmen des Misrepresentation Act 1967 auch Fälle erfasst, in denen eine Erklärung über Tatsachen trotz einer entsprechenden Offenbarungspflicht (“duty of disclosure”) unterblieben ist.⁸²

76. *Esso Petroleum Co Ltd v Mardon* [1976] Q.B. 801, 820 f.

77. *Smith New Court Securities Ltd v Scrimgeour Vickers (Asset Management) Ltd* [1996] 4 All E.R. 769. Vgl. ferner die Sachverhaltszusammenfassung oben ab Seite 88.

78. “reasonably foreseeable”, vgl. *Overseas Tankship (UK) Ltd v Morts Dock & Engineering Co Ltd (The “Wagon Mound”)* [1961] A.C. 388.

79. Siehe dazu Seite 125. Vgl. auch *Koufos v C. Czarnikow Ltd (The “Heron II”)* [1969] 1 A.C. 350.

80. *Burrows* S. 172.

81. Vgl. Seite 78 ff.

i) Sorgfaltswidrig falsche Tatsachenerklärungen

Wurde die irreführende Tatsachenerklärung in sorgfaltswidriger Weise abgegeben (“negligent misrepresentation”), kann der Erklärungsempfänger gemäß Misrepresentation Act 1967, s 2(1) Schadensersatz verlangen:

“Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him by another party thereto and as a result thereof he has suffered loss, then, if the person making the misrepresentation would be liable to damages in respect thereof had the misrepresentation been made fraudulently, that person shall be so liable notwithstanding that the misrepresentation was not made fraudulently, unless he proves that he had reasonable ground to believe and did believe up to the time the contract was made that the facts represented were true.”

“Negligence” im Sinne dieser Vorschrift liegt demnach vor, wenn der Erklärende nicht in der Lage ist zu beweisen, dass er hinreichenden Grund hatte, auf die Korrektheit der von ihm abgegebenen Erklärung zu vertrauen.

Die Haftung auf der gesetzlichen Grundlage des Misrepresentation Act 1967, s 2(1) unterscheidet sich in mehrfacher Hinsicht von der richterrechtlichen Anspruchsgrundlage der “damages for negligence at common law”:

Zunächst bedarf es keines besonderen Rechtsverhältnisses (“special relationship”, insbesondere “commercial relationship”), um die Verletzung einer spezifischen Sorgfaltspflicht zwischen den Parteien zu begründen. Vielmehr haftet der Erklärende allein auf der Grundlage der falschen Tatsachenerklärung als solcher.⁸³

Zudem genießt der Erklärungsempfänger nach der gesetzlichen Regelung den Vorteil einer Beweislastumkehr: Es liegt an dem Erklärenden nachzuweisen, dass er vernünftigerweise von der Richtigkeit der von ihm abgegebenen Erklärung ausgehen durfte. Die Rechtsprechung stellt hohe Ansprüche an diesen Entlastungsbe-
weis. Selbst wenn der Erklärende seine Tatsachenerklärungen durch Recherchen abgesichert hatte, wird ihm die Entlastung versagt, wenn er die Falschheit seiner “representation” anhand ihm zur Verfügung stehender Unterlagen hätte erkennen können.⁸⁴ Hingegen erkennt die Rechtsprechung als entlastend an, wenn der

82. *Atiyah/Treitel* 30 M.L.R. 1967, 369, 370; *Hudson* 85 L.Q.R. 1969, 524.

83. *Resolute Maritime Inc v Nippon Kaiji Kyokai (The “Skopas”)* [1983] 1 Lloyd’s Rep. 431, 433.

84. *Howard Marine & Dredging Co Ltd v A. Ogden & Sons (Excavations) Ltd* [1978] Q.B. 574, 596.

Erklärende arglos eine ihm gegenüber arglistig von einem Dritten erklärte falsche Tatsachenbehauptung weitergibt⁸⁵ oder sich auf ein Sachverständigengutachten verlässt⁸⁶. Bei der Beantwortung der Frage, ob der Erklärende vernünftigerweise auf die Richtigkeit seiner Erklärung vertrauen durfte, sind nach dem Wortlaut der Vorschrift die ihm tatsächlich bekannten Tatsachen heranzuziehen. Das hat zur Folge, dass es für den Erklärenden um so schwieriger wird, sich zu entlasten, je umfangreicher und detaillierter seine Informationsquellen sind.

Auf diese vorteilhafte gesetzliche Anspruchsgrundlage kann der Erklärungsempfänger einen Schadensersatzanspruch auch dann gegen den Verkäufer selbst stützen, wenn die fehlerhafte Tatsachenerklärung von einem Vertreter des Erklärenden abgegeben wurde.⁸⁷

Jedoch kann ein Anspruch nicht auf Misrepresentation Act 1967, s 2(1) beruhen, wenn die falsche Tatsachenerklärung von einem Dritten abgegeben wurde, der nicht als Vertreter handelte.⁸⁸ Ebenso wenig findet die gesetzliche Regelung Anwendung, wenn es zwischen den Parteien letztlich nicht zum Vertragsschluss gekommen ist.⁸⁹

Interpretatorische Schwierigkeiten bereitet der Umstand, dass die Haftung gemäß Misrepresentation Act 1967, s 2(1) derjenigen entspricht, die nach der Rechtsprechung für "fraudulent misrepresentation" eingreift. Bei Vorliegen der Voraussetzungen wird danach fingiert, dass der Erklärende arglistig gehandelt hat. Diese Fiktion gibt Anlass zu der Frage, inwieweit die zu "fraudulent misrepresentation" entwickelten Rechtsprechungsregeln auf Ansprüche nach s 2(1) übertragen werden können.

(1) Ersatzfähiger Schaden

Ursprünglich hielt die Rechtsprechung die für vertragliche Ansprüche geltenden Regeln zur Ersatzfähigkeit von Schadensposten auch im Rahmen des Misrepresentation Act 1967, s 2(1) für anwendbar.⁹⁰ Diese Ansicht wurde jedoch inzwischen aufgegeben. Nunmehr wird allgemein angenommen, dass die Schadensberechnung

85. *Oscar Chess Ltd v Williams* [1957] 1 All E.R. 325.

86. *William Sindall plc v Cambridgeshire County Council* [1994] 3 All E.R. 932.

87. *Gosling v Anderson* (1972) 223 E.G. 1743; *Howard Marine & Dredging Co Ltd v A. Ogden & Sons (Excavations) Ltd* [1978] Q.B. 574, 596.

88. *Kleinwort Benson Ltd v Malaysian Mining Corp Berhad* [1989] 1 All E.R. 785, 790.

89. Vgl. den Wortlaut der Vorschrift: "Where a person has entered into a contract ..."

den gleichen Grundsätzen unterliegt wie in Fällen arglistig falscher Tatsachenerklärung.⁹¹ Das bedeutet, dass der Erklärungsempfänger verlangen kann, so gestellt zu werden wie er stünde, wenn die falsche Tatsachenerklärung nicht abgegeben worden wäre.⁹² Hätte der Erklärungsempfänger ohne die falsche Tatsachenerklärung den Vertrag nicht abgeschlossen, kann er die Differenz zwischen dem wirklichen Wert des Kaufobjekts im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und dem Kaufpreis ersetzt verlangen.⁹³ Diese Art der Schadensberechnung entspricht derjenigen, die im Rahmen des Schadensersatzanspruchs wegen “negligent misrepresentation” auf der Grundlage des “common law” angewendet wird.⁹⁴

Dieser Standpunkt der Rechtsprechung stößt in der Literatur auf Widerstand. Unter Hinweis auf die Wesensgleichheit zwischen einem Anspruch gemäß Misrepresentation Act 1967, s 2(1) und dem “tort of negligence” wird vertreten, dass die für bloß sorgfaltswidrig falsche Tatsachenerklärung geltenden Regeln Anwendung finden sollten.⁹⁵

(2) Kausalzusammenhang: “remoteness of damage”

Auch im Rahmen eines Schadensersatzanspruches wegen “negligent misrepresentation” auf der Grundlage des Misrepresentation Act, s 2(1), finden die Regeln über “remoteness of damage” Anwendung. Mit der Begründung, dass die gesetzliche Haftung auf einer Fiktion arglistig falscher Tatsachenerklärung basiert, wendet die Rechtsprechung überwiegend die für “fraudulent misrepresentation” entwickelten Maßstäbe an.⁹⁶ Mithin sind sämtliche äquivalent kausal verursachten Schadenspo-

90. *Davis & Co (Wines) Ltd v Afa Minerva (E.M.I.) Ltd* [1974] 2 Lloyd’s Rep. 27, 32.

91. *F. & H. Entertainment Ltd v Leisure Enterprises Ltd* (1976) 240 E.G. 455; *André & Cie SA v Ets. Michel Blanc & Fils* [1977] 2 Lloyd’s Rep. 166, 181; *Alman and Benson v Associated Newspapers Group Ltd* (1980), unveröffentlicht, zitiert nach *Beswick/Wine* S. 170; *Cemp Properties (UK) v Dentsply Research & Development Corp* [1991] 2 E.G.L.R. 197; *Naughton v O’Callaghan* [1990] 3 All E.R. 191, 196.

92. *Smith Kline & French Laboratories Ltd v Long* [1989] 1 W.L.R. 1, 6.

93. *Westgate v Bracknell D.C.* (1987) 19 H.L.R. 735; *Smith v Eric S. Bush, Harris* [1990] 1 A.C. 831, 851; *Hussey v Eels* [1990] 2 Q.B. 227, 241 *per Mustill LJ*: “the proper measure of damage here is the difference between the contract price and the market value of the property in its unsound condition”.

94. Vgl. dazu oben ab Seite 91.

95. *Cheshire/Fifoot/Furmston* S. 304.

96. *Royscot Trust Ltd v Rogerson* [1991] 2 Q.B. 297, 306. Vgl. ferner *Cooper v Tamms* [1988] 1 E.G.L.R. 256, 263; *Cemp Properties (UK) v Dentsply Research and Development Corp* [1991] 2 E.G.L.R. 197; *William Sindall plc v Cambridgeshire County Council* [1994] 3 All E.R. 932.

sitionen ersatzfähig, selbst wenn sie unvorhersehbar sind.⁹⁷ Dies wird jedoch teilweise mit der Behauptung bestritten, dass die Fiktion der Arglist sich allein auf die Haftungs begründung, nicht aber auf den Haftungsumfang beziehe.⁹⁸ Letztlich bedarf es einer höchstrichterlichen Klarstellung darüber, welcher Maßstab hinsichtlich “remoteness of damage” anzuwenden ist.

(3) Anwendbarkeit der für Arglistfälle entwickelten Regeln

Ausgehend von der soeben angestellten Erwägung, dass die gesetzliche Haftung auf einer Fiktion arglistig falscher Tatsachenerklärung basiert, wird diskutiert, inwieweit noch andere für Arglistfälle geltende Regelungen auf Ansprüche gemäß Misrepresentation Act, s 2(1) anzuwenden sind.

Folgt man diesem Ansatz, könnte beispielsweise eine falsche Tatsachenerklärung unabhängig davon als Grundlage eines Schadensersatzanspruches dienen, ob sie für den Vertragsschluss wesentlich (“material”⁹⁹) ist.¹⁰⁰ Eine weitere, in diesem Zusammenhang relevante Regel sieht vor, dass ein Haftungsausschluss für Fälle von “fraudulent misrepresentation” nicht wirksam vereinbart werden kann.¹⁰¹ Auch die Grundsätze in *S. Pearson & Son Ltd v Dublin Corporation*¹⁰² betreffend die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch Prüfung der erklärten Tatsachen seitens des Erklärungsempfängers sind bislang lediglich auf Fälle der “fraudulent misrepresentation” angewendet worden. Inwieweit diese Grundsätze auch im Rahmen von Misrepresentation Act 1967, s 2(1) anzuwenden sind, bleibt der Klärung durch eine höchstrichterliche Entscheidung vorbehalten. *De lege ferenda* ist dabei zu berücksichtigen, dass der Unrechtsgehalt einer tatsächlich arglistig abgegebenen Tatsachenerklärung die eben genannten, verschärften Regelungen rechtfertigt; der Erklärende ist weitaus weniger schutzwürdig. Diese Legitimation greift nicht ein, wenn eine bloße Fiktion der Arglist in Rede steht.

97. *Royscot Trust Ltd v Rogerson* [1991] 2 Q.B. 297, 307.

98. In der Tat erscheint die Arglisthaftung für Fälle bloßer Sorgfaltswidrigkeit als zu streng; vgl. *Treitel* S. 338 unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Misrepresentation Act 1967, s 2(1).

99. Zu Einzelheiten siehe Seite 84.

100. *Smith v Kay* (1859) 7 H.L.C. 750.

101. *Garden Neptune Shipping Ltd v Occidental Worldwide Investment Corp and Concord Petroleum Corp* [1990] 1 Lloyd’s Rep. 330.

102. [1907] A.C. 351.

ii) Schuldlos falsche Tatsachenerklärungen

Nach früherer Rechtsprechung auf der Basis der Grundsatzentscheidung *Redgrave v Hurd* konnte eine schuldlos falsche Tatsachenerklärung (“innocent misrepresentation”) keine deliktischen Schadensersatzansprüche auslösen.¹⁰³ Der Adressat einer solchen Erklärung hatte lediglich die Möglichkeit, sich im Wege der “rescission” vom Vertrag zu lösen und gegebenenfalls Entschädigung im Wege der “recovery of an indemnity” zu verlangen.¹⁰⁴ Folglich konnte der Erklärungsempfänger selbst in Fällen einer nur Nebensächlichkeiten betreffenden, schuldlos falschen Tatsachenerklärung Abhilfe nur mit Hilfe der Vertragsauflösung schaffen.

Diese Situation ist inzwischen durch die gesetzliche Regelung gemäß Misrepresentation Act 1967, s 2(2) abgeändert worden. Nunmehr kann das Gericht den vom Adressaten einer schuldlos falschen Tatsachenerklärung für aufgelöst erklärten Vertrag unter den im folgenden dargelegten Voraussetzungen für fortbestehend erklären und als Ausgleich eine Entschädigung zuerkennen.

(1) *Entschädigung statt Vertragsauflösung: “damages in lieu of rescission”*

Hat der Erklärende nicht arglistig gehandelt, kann der Erklärungsempfänger unter den Voraussetzungen des “statutory law” eine Entschädigung erhalten. Gemäß Misrepresentation Act 1967, s 2(2) setzt das voraus, dass eine vom Erklärungsempfänger erklärte Vertragsauflösung seitens des Gerichts als inadäquat erachtet wird. In diesem Fall kann das Gericht die vom Adressaten der schuldlos falschen Tatsachenerklärung ausgesprochene Auflösung des Vertrages rückgängig machen und ihm anstelle des Rechts auf Vertragsauflösung (nicht jedoch kumulativ) eine Entschädigung zusprechen.

Diese Vorgehensweise ist dem Gericht im Falle schuldlos oder sorgfaltswidrig falscher Tatsachenerklärung eröffnet. Das gilt ungeachtet dessen, ob der Erklärende einen davon unabhängigen Schadensersatzanspruch nach Misrepresentation Act 1967, s 2(1) im Einzelfall durch einen Entlastungsbeweis abwenden könnte. Dies ergibt sich im einzelnen aus dem Wortlaut in s 2(2):

“Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him otherwise than fraudulently, and he would be entitled, by reason of the misrepresentation, to rescind the contract, then, if it is claimed, in any proceedings arising out of the contract,

103. (1881) 20 Ch.D. 1.

104. *Whittington v Seale-Hayne* (1900) 16 T.L.R. 181. Siehe dazu im einzelnen Seite 108.

that the contract ought to be or has been rescinded, the court or arbitrator may declare the contract subsisting and award damages in lieu of rescission, if of opinion that it would be equitable to do so, having regard to the nature of the misrepresentation and the loss that would be caused by it if the contract were upheld, as well as to the loss that rescission would cause to the other party.”

Die Regelung sieht eine Entschädigung vor, deren Gewährung allein in das Ermessen des Gerichts gestellt ist. Hervorzuheben ist, dass der Erklärungsempfänger keinen dahingehenden Anspruch hat; die Gewährung einer solchen Entschädigung beruht allein auf gerichtlichem Ermessen.¹⁰⁵ Diese Entscheidungsfreiheit ist dem Gericht eröffnet, wenn es über einen Rechtsstreit zu befinden hat, in dem der Erklärungsempfänger eine vorherige außergerichtliche Vertragsauflösung einwendet oder vor Gericht die Vertragsauflösung erklärt.

Das Gericht kann eine Entschädigung zusprechen, wenn es der Ansicht ist, dass dies recht und billig (“equitable”) wäre. Dabei ist zu berücksichtigen, welcher Art die falsche Tatsachenerklärung war. Ferner ist gegeneinander abzuwägen, welcher Schaden dem Erklärungsempfänger entstünde, wenn er an den Vertrag gebunden bliebe, sowie welchen Verlust der Erklärende durch eine Vertragsauflösung erleiden würde. Auf der Grundlage dieser Parameter wird das Gericht um so eher den Vertrag aufrechterhalten und Entschädigung gewähren, je nebensächlicher der Gehalt der falschen Tatsachenerklärung ist und je weniger dem Erklärenden eine Verfehlung vorzuwerfen ist.¹⁰⁶ Hingegen ist eine Vertragsauflösung die angemessenere Lösung, wenn es darum geht zu verhindern, dass der Erklärende aus dem auf der falschen Tatsachenerklärung beruhenden Vertrag Vorteil zieht.¹⁰⁷

Zu beachten ist des weiteren, dass das Gericht eine Entschädigung nur anstelle der Vertragsauflösung bewilligen darf. Ein *obiter dictum* in *Archer v Brown*¹⁰⁸, das die kumulative Verfügbarkeit von Vertragsauflösung und Schadensersatzanspruch im Fall der “innocent misrepresentation” suggeriert, ist mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu vereinbaren. Diese Alternativität von “damages” und “rescission” ist im Kontrast zu den kumulativen Rechtsbehelfen im Falle arglistig oder sorgfaltswidrig falscher Tatsachenerklärungen zu sehen: Hier kann der Adressat der Erklärung

105. *Treitel* S. 331.

106. *Atlantic Lines & Navigation Co Inc v Hallam Ltd (The “Lucy”)* [1983] 1 Lloyd’s Rep. 188, 202.

107. *Highlands Insurance Co v Continental Insurance Co* [1987] 1 Lloyd’s Rep. 109, 118.

108. [1985] Q.B. 401, 415.

sowohl den Vertrag auflösen als auch Schadensersatz verlangen. Dies ergibt sich für Arglistfälle aus einem *argumentum e contrario* zu Misrepresentation Act 1967, s 2(2), in dem “fraudulent misrepresentation” ausdrücklich ausgenommen ist.¹⁰⁹ Die kumulative Verfügbarkeit von “rescission” und “damages” in Fällen sorgfaltswidrig falscher Tatsachenerklärung ist richterrechtlich anerkannt.¹¹⁰

Bis vor wenigen Jahren fehlte es in diesem Zusammenhang an Rechtsprechung zu der Frage, ob das Gericht auch dann „an Stelle der Vertragsauflösung” Schadensersatz bewilligen darf, wenn das Recht zur Vertragsauflösung inzwischen erloschen ist. Dagegen spricht zum einen der eindeutige Wortlaut der Norm (“would be entitled ... to rescind”, “in lieu of rescission”). Ferner deuten auch die Umstände, die das Gericht seiner Ermessensentscheidung zugrunde zu legen hat, darauf hin, dass das Recht zur Vertragsauflösung noch fortbestehen muss, damit das Gericht Schadensersatz gemäß Misrepresentation Act 1967, s 2(2) zusprechen darf.¹¹¹ Die Rechtsprechung lehnt diese Sichtweise jedoch ab und vertritt den Standpunkt, dass dem Gericht Ermessen im Sinne der Vorschrift schon dann eröffnet ist, wenn ein Recht zur Vertragsauflösung überhaupt einmal bestanden hat, zumindest aber dann, wenn dieses Recht zu dem Zeitpunkt bestand, in dem der Erklärungsempfänger sich erstmalig vom Vertrag zu lösen suchte.¹¹²

Lehnt das Gericht es ab, dem Erklärungsempfänger Schadensersatz gemäß dieser Vorschrift zuzusprechen, verbleibt es bei der herkömmlichen Regel aus *Redgrave v Hurd*, und der Erklärungsempfänger kann aus einer schuldlos falschen Tatsachenerklärung keinerlei Ersatzansprüche gegen den Erklärenden ableiten. Davon unberührt bleiben Ansprüche auf “recovery of an indemnity”, die wegen ihrer vom Schadensersatz verschiedenen Rechtsnatur kumulativ mit “rescission” einhergehen können.¹¹³

109. *Treitel* S. 331.

110. *F. & H. Entertainments v Leisure Enterprises* (1976) 240 E.G. 445.

111. *Atlantic Lines & Navigation Co Inc v Hallam Ltd (The “Lucy”)* [1983] 1 Lloyd’s Rep. 188, 201, 202.

112. *Thomas Witter Ltd v TBP Industries Ltd* [1996] 2 All E.R. 573.

113. Vgl. *Whittington v Seale-Hayne* (1900) 82 L.T. 49. Zu Einzelheiten vgl. Seite 108.

(2) *Ersatzfähiger Schaden und Kausalzusammenhang*

Das Gesetz enthält keinerlei Hinweis darauf, welche Regeln auf die Ersatzfähigkeit verschiedener Schadenspositionen oder auf hinsichtlich der “remoteness of damage” anzuwenden sind: Ein gesetzgeberischer Versuch, ausdrücklich die vertraglichen Regeln über die Ersatzfähigkeit von Schadenspositionen für anwendbar zu erklären, scheiterte im Jahre 1966.¹¹⁴ Betreffend “remoteness of damage” herrscht nach wie vor Unklarheit: Anders als Misrepresentation Act 1967, s 2(1), enthält s 2(2) keine Fiktion der Arglist, aus der ein systematisches Argument für die Anwendbarkeit der Arglistregeln abgeleitet werden könnte. Aus der Regelung in s 2(3) wird teilweise hergeleitet, dass auf s 2(1) die für “tort of deceit” entwickelten Grundsätze Anwendung finden, während auf s 2(2) die auch für die vertragliche Haftung geltenden Regeln anzuwenden sind. Jedoch existieren *obiter dicta*, nach denen die Rechtsprechung geneigt zu sein scheint, die Ersatzfähigkeit von Schäden noch weiter einzuschränken, als dies ohnehin nach den für die vertragliche Haftung entwickelten Regeln der Fall ist.¹¹⁵ Denkbar ist, dass demnach auf der Grundlage von s 2(2) keinerlei Ersatz für Folgeschäden beansprucht werden kann, sondern lediglich die Differenz zwischen wirklichem Wert des Kaufobjekts und Kaufpreis zu ersetzen ist.¹¹⁶ Im Interesse systematischer Kohärenz mit den Grundsätzen der “rescission” wird im Schrifttum vorgeschlagen, für Folgeschäden allenfalls Entschädigung im Sinne einer “indemnity” zuzusprechen.¹¹⁷

In jedem Fall ist es wahrscheinlich, dass eine auf der Grundlage von Misrepresentation Act 1967, s 2(2) zugesprochene Entschädigung der Höhe nach hinter dem zurückbleibt, was üblicherweise auf der Grundlage von s 2(1) desselben Gesetzes zuerkannt wird.¹¹⁸ Die Rechtsprechung ist diesem Ansatz zumindest in *obiter dicta* gefolgt: *Lord Justice Hoffmann* hat präzisiert, dass eine Entschädigung gemäß Mis-

114. Standing Committee G, 23 February 1966.

115. *William Sindall plc v Cambridgeshire County Council* [1994] 3 All E.R. 932, 955 *per Hoffmann LJ*: “I think that s 2(2) was intended to give the court a power to eliminate this anomaly by upholding the contract and compensating the plaintiff for the loss he has suffered on account of the property not having been what it was represented to be. In other words, damages under s 2(2) should never exceed the sum which would have been awarded if the representation had been a warranty.”

116. *Treitel* S. 339.

117. *Cheshire/Fifoot/Furmston* S. 305.

118. *Cheshire/Fifoot/Furmston* S. 304; *Knight* S. 160.

representation Act 1967, s 2(2) niemals das Maß dessen übersteigen sollte, was im Rahmen eines vertraglichen Schadensersatzanspruches wegen “breach of warranty” verlangt werden könnte.¹¹⁹ Diese Abstufung ließe sich damit rechtfertigen, dass eine Haftung gemäß s 2(2) anders als nach s 2(1) kein Verschulden erfordert.

d) Einreden gegen den Schadensersatzanspruch

i) Bestätigung: “affirmation”

Der Anspruch auf Schadensersatz gemäß s 2(1) besteht unbeschadet dessen fort, dass ein eventuell daneben bestehendes Recht auf Vertragsauflösung wegen “affirmation” erloschen ist.¹²⁰ Allerdings kann der Umfang des Schadensersatzes gekürzt werden, wenn ein Festhalten am Vertrag trotz einer außergewöhnlich gravierenden “misrepresentation” einer Verletzung der Schadensminderungspflicht¹²¹ von Seiten des Erklärungsempfängers gleichkommt.¹²²

ii) Schadensminderung und Vorteilsanrechnung: “mitigation of loss”

Der auf Schadensersatz haftende Unternehmensverkäufer kann dem Käufer zwei weitere Einreden entgegengehalten, die in der englischen Fachterminologie unter der Bezeichnung “mitigation of loss” zusammengefasst werden:

Zum einen wird der Umfang des zu ersetzenden Schadens um die Schadenspositionen vermindert, die der Unternehmenskäufer durch ihm zumutbare (“reasonable”) Maßnahmen hätte verhindern können.¹²³ Dabei trägt der Verkäufer das Risiko des Fehlschlagens angemessener Schadensminderungsmaßnahmen, da deren Kosten

119. *William Sindall plc v Cambridgeshire County Council* [1994] 3 All E.R. 932, 955.

120. *Production Technology Consultants v Barlett* [1986] 1 E.G.L.R. 82.

121. Zu Einzelheiten vgl. *Bridge* 105 L.Q.R. 1989, 398.

122. *Attica Sea Carriers Corporation v Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei GmbH* [1976] 1 Lloyd’s Rep. 250.

123. *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Company of London Ltd* [1912] A.C. 673, 689 *per Viscount Haldane*. In diesem Zusammenhang wird im Schrifttum auch der Terminus “duty to minimise loss” gebraucht; obwohl es sich streng genommen nicht um eine vollstreckbare Pflicht, sondern um eine Obliegenheit im eigenen Interesse des Anspruchstellers handelt; vgl. *Bridge* 105 L.Q.R. 1989, 398.

wiederum als ersatzfähige Schadensposten anerkannt werden.¹²⁴ Gleiches gilt für Schadenspositionen, die auf unangemessenes (“unreasonable”) Verhalten des Käufers zurückzuführen sind, ohne dass dadurch die von der “misrepresentation” ausgehende Kausalkette unterbrochen wird.

Zum anderen beinhaltet “mitigation” den Gedanken, von der Summe der ersatzfähigen Schadenspositionen die Summe der Vorteile in Abzug zu bringen, die infolge der Verletzungshandlung entstanden sind.¹²⁵ In gleicher Weise abzugsfähig sind infolge der Verletzungshandlung vermiedene Nachteile.¹²⁶

iii) Mitverschulden: “contributory negligence”

Während im Rahmen der Schadensminderung berücksichtigt wird, ob sorgfaltswidriges Verhalten des Käufers den Umfang des Schadens negativ beeinflusst hat, ist für die Frage des Mitverschuldens relevant, ob dieses Verhalten schon für die Entstehung des Schadens *per se* mitursächlich war. In diesem Fall reduzieren die Gerichte gemäß Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945, s 1(1) die deliktische Schadensersatzhaftung des Unternehmensverkäufers wegen vorvertraglicher falscher Tatsachenerklärung in dem Maße, wie es recht und billig (“just and equitable”) erscheint. Dies gilt unabhängig davon, ob der Anspruch auf die richterrechtlichen Anspruchsgrundlagen des “common law” oder auf die gesetzlichen Regeln des Misrepresentation Act 1967 gestützt wird.

Einen Anhaltspunkt dafür, wann die Gerichte es nicht für recht und billig halten, Mitverschulden zu berücksichtigen, bietet die Entscheidung *Gran Gelato Ltd v Richcliff (Group) Ltd*¹²⁷: Soweit er eine Tatsachenerklärung gerade zu dem Zweck abgegeben hat, dass der Käufer sich auf sie verlassen möge, kann der Unternehmensverkäufer sich nicht im nachhinein auf ein etwaiges Mitverschulden des Käufers berufen.

124. *Wilson v United Counties Bank Ltd* [1920] A.C. 102, 125; *Lloyds and Scottish Finance Ltd v Modern Cars and Caravans (Kingston) Ltd* [1966] 1 Q.B. 764, 782 f.; *Andros Springs (Owners) v World Beauty (Owners) (The “World Beauty”)* [1970] P. 144, 156; *British Racing Drivers’ Club Ltd v Hextall Erskine & Co (a firm)* [1996] 3 All E.R. 667.

125. *Levison v Farin* [1978] 2 All E.R. 1149; *Evans Marshall & Co Ltd v Bertola SA and Independent Sherry Importers Ltd* [1976] 2 Lloyd’s Rep. 17; *Longden v British Coal Corporation* [1998] A.C. 653, 662.

126. *Fyffes Group Ltd and Caribbean Gold Ltd v Reefer Express Lines Pty Ltd and Reefkrit Shipping Inc (The “Kriti Rex”)* [1996] 2 Lloyd’s Rep. 171, 203.

e) Verjährung

Die Verjährungsfrist für die deliktische Haftung wegen vorvertraglicher falscher Tatsachenerklärungen beträgt gemäß Limitation Act 1980, s 2 grundsätzlich sechs Jahre ab Entstehen des Anspruchs (“six years from the date on which the cause of action accrued”). Dies gilt insbesondere für die vom Nachweis eines Verschuldens unabhängige Deliktshaftung für “innocent misrepresentation” nach Misrepresentation Act 1967, s 2(2).

Kann dem Schädiger ein Sorgfaltsverstoß (“negligence”) vorgeworfen werden, kann sich die Frist in verschiedener Hinsicht verlängern: Sofern der geschädigte Unternehmenskäufer erst nach dem Entstehen des Anspruchs die zu seiner Geltendmachung erforderliche Kenntnis erlangt, verjährt der Anspruch gemäß Limitation Act 1980, ss 14A(3), 14A(4)(b), 14A(5) frühestens drei Jahre nach diesem Zeitpunkt. Die dafür relevante Kenntnis wird in Limitation Act 1980, s 14A(6) bis s 14A(10) detailliert geregelt. Erforderlich ist unter anderem die Kenntnis derjenigen Tatsachen betreffend den erlittenen Schaden, die einen besonnenen Dritten dazu veranlassen würde, gerichtliche Schritte einzuleiten. Im Kontext des Unternehmenskaufs besonders relevant ist der Umstand, dass die Kenntnis von Tatsachen fingiert wird, die der Geschädigte durch zumutbare Nachforschungen selbst oder mit Hilfe von geeigneten Sachverständigen hätte erlangen können. Jedoch existiert soweit ersichtlich bislang kein Präzedenzfall zu der Frage, inwieweit dem Käufer zu diesem Zweck die Durchführung einer Unternehmensprüfung nach der Akquisition zugemutet werden kann.

Basiert der Anspruch auf arglistigem Verhalten des Schädigers oder hat letzterer dem Anspruchsinhaber arglistig eine für den Anspruch relevante Tatsache unterdrückt, beginnt die Verjährungsfrist gemäß Limitation Act 1980, s 32(1) erst zu dem Zeitpunkt, in dem der Geschädigte das arglistige Handeln entdeckt oder es bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt (“with reasonable diligence”) hätte entdecken können.

127. [1992] Ch. 560: “That where there were concurrent claims for misrepresentation against a defendant for breach of a common law duty of care and under section 2(1) of the Misrepresentation Act 1967 the doctrine of contributory negligence applied to both; but that if the defendant made a misrepresentation intending the plaintiff to act on it and the plaintiff did so act, the defendant could not normally claim that any carelessness on the plaintiff’s part should reduce the damages payable and it would not be just or equitable so to do; and that, accordingly, the plaintiff was entitled on its claim to half the premium paid for the underlease and some of the legal expenses incurred and was not obliged to pay rent after the point when the existence of the break clause came to light.”

Unter besonderen Umständen würde ein Anspruch zum Beispiel infolge verzögertem Schadenseintritt oder Kenntniserlangung nach den soeben erläuterten Vorschriften erst nach Jahrzehnten verjähren. Um die damit verbundene Rechtsunsicherheit zu vermeiden, normiert der durch Latent Damages Act 1986 ergänzte Limitation Act 1980, s 14B für die Haftung für sorgfaltswidriges Verhalten (“negligence”) eine absolute Verjährungsfrist von 15 Jahren ab dem Zeitpunkt der letzten schädigenden Handlung. Aus Limitation Act 1980, ss 28A ergibt sich, dass eine nach Limitation Act 1980, s 14A berechnete Frist im Rahmen dieser 15 Jahre ausnahmsweise verlängert werden kann, wenn der Anspruchsinhaber bei Beginn der Verjährungsfrist eingeschränkt geschäftsfähig (“disabled”)¹²⁸ war.

Nach englischem Recht berücksichtigt das Gericht die Verjährung nur, wenn der Beklagte sich ausdrücklich auf sie beruft.¹²⁹ Im Sinne deutscher Rechtsterminologie handelt es sich folglich um eine Einrede. Grundsätzlich hat die Verjährung lediglich rechtshindernde Wirkung.¹³⁰ Zu beachten ist jedoch, dass possessorische oder petitorische Ansprüche auf Rückgabe beweglicher Sachen (“recovery of converted chattel”) und auf Verschaffung von eigentumsähnlichen dinglichen Rechten an Grundstücken (“title to land”) gemäß Limitation Act 1980, ss 3(2), 17 f. mit Ablauf der Verjährungsfrist erlöschen.

In Betracht käme ferner, die Verjährung eines Schadensersatzanspruches gemäß Misrepresentation Act 1967, s 2(1) nach den Regeln zu bemessen, die für Arglistfälle entwickelt worden sind.¹³¹ Verschiedene *obiter dicta* deuten jedoch darauf hin, dass dieser Ansatz von der Rechtsprechung nicht verfolgt wird.¹³²

128. Von einer “disability” ist laut Limitation Act 1980, s 38(2) bei Kindern und Geisteskranken auszugehen.

129. *Harris* S. 392.

130. *Ronex Properties Ltd v John Laing Construction Ltd* [1983] Q.B. 398, 404 *per Donaldson LJ*: “Authority apart, I would have thought that it was absurd to contend that a writ or third party notice could be struck out as disclosing no cause of action, merely because the defendant may have a defence under the Limitation Acts. Whilst it is possible to have a contractual provision whereby the effluxion of time eliminates a cause of action – and there are some provisions of foreign law which can have that effect – it is trite law that the English Limitation Acts bar the remedy and not the right; and, furthermore, that they do not even have this effect unless and until pleaded.”

131. *Treitel* S. 325.

132. *Garden Neptune Shipping Ltd v Occidental Worldwide Investment Corp and Concord Petroleum Corp* [1990] 1 Lloyd’s Rep. 330, 335.

2. Auflösung des Vertrages: “rescission”

Eine gegenüber dem Schadensersatz weitreichendere Folge einer “misrepresentation” kann darin liegen, dass der Erklärungsempfänger das Recht hat, den Vertrag aufzulösen (“to rescind the contract”).

a) Begriff

Besondere Aufmerksamkeit ist im Umgang mit dem Begriff der “rescission” angebracht. Beruhend auf der historischen Zweiteilung des englischen Gerichtssystems in “courts of law” und “courts of equity” und den in beiden Gerichtszweigen separat voneinander entwickelten Rechtssätzen ist die heute verwendete Terminologie doppeldeutig und dadurch irreführend:¹³³

Im modernen Sprachgebrauch bezeichnet der Begriff “rescission” die Auflösung des Vertrages *ex tunc*, aufgrund derer für beide Parteien der Zustand wiederherzustellen ist, der vor Abschluss des Vertrages bestand (“to rescind the contract”).¹³⁴ Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Vertragsschluss aufgrund einer vorvertraglichen, falschen Tatsachenerklärung mit einem Defekt behaftet ist.¹³⁵ Soweit die Wiederherstellung des *status quo ante* nicht möglich sein sollte, bleibt nur die Alternative eines Schadensersatzverlangens auf der Grundlage des Misrepresentation Act 1967^{136, 137}.

Dieser Vorgang der Vertragsauflösung wegen falscher Tatsachenerklärung (“rescission for misrepresentation”) ist zu unterscheiden von der Vertragsbeendigung wegen Vertragsverletzung (“termination of a contract by the innocent party for breach”). Auch letztere wird häufig in Gerichtsentscheidungen¹³⁸ ebenso wie in der kautelarjuristischen Praxis¹³⁹ als “rescission for breach” bezeichnet. Aus Gründen terminolo-

133. *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827, 844 *per Lord Wilberforce*.

134. *Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries SA v Shipping Corporation of India (The “Kanchenjunga”)* [1990] 1 Lloyd’s Rep. 391, 398.

135. *Treitel* S. 343.

136. Vgl. *Thomas Witter v TBP Industries Ltd* [1996] 2 All E.R. 573: Dem Käufer einer Teppichfabrik wurde der Rechtsbehelf der “rescission” versagt, weil es ihm nicht möglich war, das verkaufte Unternehmen in demselben Zustand zurückzugeben, in dem es ihm übereignet worden war.

137. Detaillierte Ausführungen zu dieser “statutory liability” finden sich auf Seite 236 ff.

logischer Klarheit sollte daher der Begriff “rescission” stets mit dem erläuternden Zusatz “for misrepresentation” oder “for breach” verwendet werden. Um Missverständnissen vorzubeugen, wird die Vertragsbeendigung wegen Vertragsverletzung im folgenden als “termination for breach” bezeichnet.¹⁴⁰

“Termination” beschreibt die Ausübung des Rechts, den Vertrag mit Wirkung für die Zukunft zu beenden.¹⁴¹ Anders als die Vertragsauflösung gründet sich die Vertragsbeendigung nach englischem Rechtsdenken nicht auf einen Defekt beim Vertragsschluss, sondern auf eine unzureichende Vertragserfüllung:¹⁴² “Termination of contract” kann entweder auf die Nichteinhaltung einer Bedingung (“condition”) oder auf die ernsthafte oder wesentliche Verletzung einer Innominatabrede (“innominate term”, auch als “intermediate term” bezeichnet) gestützt werden. Je nachdem, welche dieser Abreden verletzt werden, ist die Möglichkeit, den Vertrag zu beenden, an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft.¹⁴³

b) Tatbestandsvoraussetzungen der “rescission for misrepresentation”

Im Grundsatz ist es unerheblich, ob der Verkäufer die irreführende vorvertragliche Tatsachenerklärung arglistig, sorgfaltswidrig oder schuldlos (“fraudulently, negligently, or innocently”) abgegeben hat. In jedem dieser Fälle steht dem Käufer – vorbehaltlich einer Haftungsausschlussvereinbarung – das Recht auf “rescission” zu.

138. Siehe die Ausführungen in *Buckland v Farmer & Moody (a firm)* [1979] 3 All E.R. 929, 938 f. per *Buckley LJ*: “The word ‘rescind’ may be used to describe the effect of the sort of relief that is normally granted where a contract has been obtained by fraud, misrepresentation or on some other ground which vitiates its character as a contract, where the court thinks it right to annul a contract in every respect so as to produce a state of affairs as though the contract had never been entered into. But it is often used to describe the consequence of acceptance by one party to a contract of a repudiation of the contract by another party by breach of some essential term of the contract. ... The word is capable of alternative meanings and is frequently used in alternative senses. It may be that it is capable of more than two meanings, but it is not necessary to investigate that for the present purposes. The sense in which it is used must be discovered from the context in which it is used”; vgl. ferner *McDougall v Aeromarine of Emsworth Ltd* [1958] 2 Lloyd’s Rep. 345, 359; *Cehave NV v Bremer Handelsgesellschaft mbH (The “Hansa Nord”)* [1976] Q.B. 44, 66; *Johnson v Agnew* [1980] A.C. 367, 392 f. per *Lord Wilberforce*: “At this point it is important to dissipate a fertile source of confusion and to make clear that although the vendor is sometimes referred to in the above situation as ‘rescinding’ the contract, this so-called ‘rescission’ is quite different from rescission ab initio, such as may arise for example in cases of mistake, fraud or lack of consent. In those cases, the contract is treated in law as never having come into existence. (Cases of a contractual right to rescind may fall under this principle but are not relevant to the present discussion.) In the case of an accepted repudiatory breach the contract has come into existence but has been put an end to or discharged. Whatever contrary indications may be disinterred from old authorities, it is now quite clear, under the general law of contract, that acceptance of a repudiatory breach does not bring about ‘rescission ab initio.’” Vgl. ferner *Stoczniia Gdanska SA v Latvian Shipping Co* [1998] 1 Lloyd’s Rep. 609.

c) Rechtsfolgen

Die Möglichkeit der “rescission” beinhaltet für den Unternehmenskäufer zweierlei Handlungsmöglichkeiten: zum einen das bloße Recht, den Vertrag aufzulösen, und zum anderen unter bestimmten Umständen einen Anspruch auf Entschädigung für Vermögensminderungen, die sich unmittelbar aufgrund des Vertrages ergeben (“recovery of an indemnity”).

i) Recht, den Vertrag aufzulösen: “voidability”

Hat der Erklärungsempfänger den Vertrag im Vertrauen auf eine falsche Tatsachenerklärung abgeschlossen, hat er das Recht, den Vertrag aufzulösen.¹⁴⁴ Der Vertrag ist zwar wirksam, kann aber auf Initiative des Erklärungsempfängers *ab initio* vernichtet werden (“the contract is voidable at the option of the representee”). Selbst wenn der Erklärungsempfänger den Vertrag ohne die falsche Tatsachenerklärung in anderer Form abgeschlossen hätte, kann der Erklärende ihn nicht gegen seinen Willen teilweise am Vertrag festhalten; die Aufklärungserklärung beseitigt den Vertrag in seiner Gesamtheit.¹⁴⁵

Wie Misrepresentation Act 1967, s 1(b) ausdrücklich klarstellt, wird das Recht auf Auflösung nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Vertrag schon erfüllt worden ist.

139. Dies wird veranschaulicht durch die in den folgenden Entscheidungen wiedergegebenen Vertragsklauseln: *Stocznia Gdanska SA v Latvian Shipping Co* [1998] 1 Lloyd’s Rep. 609: “5.05 If the Purchaser defaults in the payment of any amount due to the Seller under sub-clauses (b) or (c) or (d) of clause 5.02 for twenty-one (21) days after the date when such payment has fallen due the Seller shall be entitled to rescind the Contract.” Siehe ferner *Woodar Investment Development Ltd v Wimpey Construction UK Ltd* [1980] 1 All E.R. 571, 573; *Hyundai Heavy Industries Ltd v Papadopoulos* [1980] 2 Lloyd’s Rep. 1.

140. Dieser Begriff wird auch von *Albery* 91 L.Q.R. 1975, 337 favorisiert, während *McGarvie* 53 Australian L.J. 687 die Bezeichnung “discharge” vorschlägt.

141. Zu den Rechtsfolgen der Nichteinhaltung einer “promissory condition” siehe Seite 157; bzgl. “intermediate terms” siehe 169.

142. *Treitel* S. 343.

143. Zur “termination of contract” bzw. “rescission for breach” siehe Seite 149 ff.

144. *Clough v The London and North Western Railway Company* (1871) L.R. 7 Exch. 26, 34; *Urquhart v Macpherson* (1878) 3 App.Cas. 831, 838.

145. *T.S.B. Bank plc v Camfield* [1995] 1 W.L.R. 430.

Das Recht auf “rescission” kann entweder durch ausdrückliche Erklärung oder konkludent durch Klageerhebung auf Rückabwicklung des Vertrages bzw. im Wege der Einrede gegen eine Klage auf Erfüllung des Vertrages ausgeübt werden. Sollte es dem Käufer nicht möglich sein, den (nicht erreichbaren) Verkäufer von der Auflösungserklärung in Kenntnis zu setzen, kann unter besonderen Umständen ausnahmsweise auch schlüssiges Verhalten oder eine Erklärung Dritten gegenüber die Auflösung herbeiführen.¹⁴⁶

Ohne Einfluss auf das Recht auf Vertragsauflösung wegen “pre-contractual misrepresentation” ist es gemäß Misrepresentation Act 1967, s 1(a), wenn die vorvertraglich falsch erklärte Tatsache später in den Vertrag aufgenommen wird und sich daraus gegebenenfalls ein separates Recht zur Beendigung des Vertrages wegen Vertragsverletzung ergeben sollte. Schwierigkeiten ergeben sich hingegen mit Rücksicht auf ein davon zu unterscheidendes, eigenständiges Recht auf Vertragsbeendigung wegen Vertragsverletzung (“rescission for breach” oder “termination for breach of contract”). Diese werden im Rahmen der Ansprüche wegen Vertragsverletzung erläutert.¹⁴⁷

Die Auflösungserklärung bewirkt, dass der Vertrag *ex tunc* so beseitigt wird, als hätte er zu keiner Zeit bestanden.¹⁴⁸ Die Ausübung dieses Gestaltungsrechts hat endgültige Wirkung; sie kann nicht mehr rückgängig gemacht werden.¹⁴⁹

146. Allerdings ist dies bislang nur für den Fall anerkannt, dass der Verkäufer sich wegen einer falschen Tatsachenerklärung des Käufers vom Vertrag lösen will; vgl. *Car and Universal Finance Co Ltd v Caldwell* [1965] 1 Q.B. 525. In diesem Fall bedurfte der Verkäufer des besonderen Schutzes, damit ein gutgläubiger Erwerb des Kaufobjekts als Folge einer Weiterveräußerung seitens des unredlichen Käufers verhindert werden konnte. Dieser Aspekt ist Gegenstand der vom Law Reform Committee angestellten Reformüberlegungen.

147. Zur Beendigung wegen Vertragsverletzung siehe Seite 149 ff.

148. “Where one party to a contract expresses by word or act in an unequivocal manner that by reason of fraud or essential error of a material kind inducing him to enter into the contract he has resolved to rescind it, and refuses to be bound by it, the expression of his election, if justified by the facts, terminates the contract, puts the parties in statu quo ante and restores things, as between them, to the position in which they stood before the contract was entered into”, *Abram Steamship Co Ltd (in liquidation) v Westville Shipping Co Ltd (in liquidation)* [1923] A.C. 773, 781.

149. *Clough v London and North Western Railway Co* (1871) L.R. 7 Exch. 26, 35. Umgekehrt ist ebenso das Erlöschen des Rechts infolge einer Bestätigung des Vertrages (“affirmation”) endgültig.

ii) Entschädigung: “recovery of an indemnity”

Im Rahmen der Rückabwicklung des Vertrages infolge der “rescission” kann der Erklärungsempfänger zudem verlangen, für Vermögensminderungen entschädigt zu werden, zu denen er auf Grund des nunmehr aufzulösenden Vertrages verpflichtet war, soweit dies erforderlich ist, um den *status quo ante* wiederherzustellen.¹⁵⁰ Dies wird als “recovery of an indemnity” bezeichnet und ist strikt von Schadensersatz (“damages”) zu unterscheiden.¹⁵¹ Diese Unterscheidung ist insbesondere dann relevant, wenn es dem Erklärenden durch Erbringen eines Entlastungsbeweises gemäß Misrepresentation Act 1967, s 2(1) gelingt, Schadensersatzforderungen wegen schuldlos falscher Tatsachenerklärungen abzuwenden: In diesem Falle kann der Erklärungsempfänger entweder “rescission” und “recovery of an indemnity” wählen oder stattdessen – nicht jedoch kumulativ – um eine gerichtliche Ermessensentscheidung über die Gewährung von Schadensersatz gemäß Misrepresentation Act 1967, s 2(2) ersuchen.

In begrifflicher Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass “recovery of an indemnity” nicht mit dem Begriff “indemnity” zu verwechseln ist, der eine explizite vertragliche Entschädigungsvereinbarung bezeichnet.¹⁵²

iii) Verhältnis zwischen “rescission” und Schadensersatzanspruch

Die begriffliche Unterscheidung zwischen “rescission for pre-contractual misrepresentation” und “termination for breach” ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil “rescission” und ein Schadensersatzverlangen auf vertraglicher Grundlage sich gegenseitig ausschließen: Zum einen wäre in einem Schadensersatzverlangen auf vertraglicher Grundlage eine (zumindest teilweise) konkludente Bestätigung des Vertrages (“affirmation”) zu sehen, die ein eventuelles Recht auf Vertragsauflösung erlöschen ließe.¹⁵³ Dies beruht darauf, dass es in Anlehnung an den Gedanken des *venire contra factum proprium* nicht zulässig ist, den Vertrag als solchen für aufgelöst zu erklären, aber an bestimmten Vertragsabreden festhalten zu wollen.¹⁵⁴ Zum anderen kann ein Vertrag, der infolge der Rückwirkung einer “rescission” aus juristischer Sicht nie bestanden hat, nicht als Grundlage eines Schadensersatzanspruchs

150. *Newbigging v Adam* (1886) 34 Ch.D. 582, 594, per Bowen LJ; *Whittington v Seale-Hayne* (1900) 82 L.T. 49 per Farwell J.

151. *Treitel* S. 340 f.

152. Siehe dazu im einzelnen die Ausführungen unten ab Seite 174.

153. *Treitel* S. 343, 356. Einzelheiten zur “affirmation” finden sich auf Seite 100.

154. *Treitel* S. 355 unter Berufung auf *Urquhart v Macpherson* (1878) 3 App.Cas. 831.

dienen. Ausnahmsweise kann der Erklärungsempfänger jedoch trotz erfolgter Vertragsauflösung kumulativ vertraglichen Schadensersatz verlangen, wenn die falsche Tatsachenerklärung arglistig erfolgte und der Erklärende demnach nicht schutzwürdig ist. Zu beachten ist hingegen, dass “rescission” stets mit einem deliktischen Schadensersatzanspruch kombiniert werden kann, sei es auf Grundlage des “common law” oder auf der Basis des Misrepresentation Act 1967.¹⁵⁵

In Abgrenzung zu der Situation bei einer “rescission” mit Wirkung *ex tunc* kann nach einer Vertragsauflösung *ex nunc* durch “termination of contract” ein Anspruch auf Schadensersatz sowohl auf vertraglicher als auch auf deliktischer Basis geltend gemacht werden.¹⁵⁶

d) Einreden gegen das Recht zur Vertragsauflösung

In prozessualer Hinsicht gilt im englischen Recht nur der Beibringungsgrundsatz, hingegen nicht der Grundsatz *iura novit curia*. Daraus folgt, dass sämtliche Gegenrechte des Verkäufers nur dann berücksichtigt werden, wenn sie vorgetragen werden. Nach deutschem juristischem Sprachgebrauch handelt es sich bei sämtlichen Gegenrechten daher um Einreden.

i) Bestätigung: “affirmation”

Die Auflösung des Vertrages auf der Grundlage einer irreführenden vorvertraglichen Tatsachenerklärung ist ausgeschlossen, wenn der Empfänger dieser Erklärung den Vertrag bestätigt, nachdem er Kenntnis von der Falschheit der Tatsachenerklärung und von dem sich daraus ergebenden Recht zur Vertragsauflösung erlangt hat.¹⁵⁷

Eine solche Bestätigung kann ausdrücklich erklärt werden oder konkludent durch eine Handlung erfolgen, aus der bei vernünftiger Betrachtung eindeutig die Absicht hervorgeht, am Vertrag festzuhalten.¹⁵⁸ Beispielsweise kann der Erwerb von Anteilen an einem Unternehmen schon dadurch bestätigt werden, dass der

155. *F. & H. Entertainments v Leisure Enterprises* (1976) 240 E.G. 445.

156. *Damon Compania Naviera v Hapag-Lloyd International SA (The “Blankenstein”)* [1985] 1 Lloyd’s Rep. 93; *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827, 851; *Millar’s Machinery Co Ltd v David Way & Son* (1935) 40 Com.Cas. 204; ferner *Treitel* S. 791.

157. *Peyman v Lanjani* [1985] Ch. 457, 458; vgl. ferner *Cheshire/Fifoot/Furmston* S. 297; *Treitel* S. 355.

158. *Peyman v Lanjani* [1985] Ch. 457, 458: “... a person could not be treated as having elected to affirm a contract unless he had unequivocally demonstrated to the other party that he intended to proceed with it ...”

Käufer die Zahlung von Dividenden annimmt, in Gesellschafterversammlungen sein Stimmrecht ausübt oder versucht, die Anteile zu verkaufen.¹⁵⁹ Um so mehr gilt dies, wenn der Erklärungsempfänger ein von ihm erworbenes Unternehmen fortführt, nachdem er Kenntnis davon erlangt, dass er den Vertrag aufzulösen berechtigt wäre.¹⁶⁰ Die bloße Fortführung des Unternehmens als solche, d. h. ohne Kenntnis vom Recht zur Vertragsauflösung, führt lediglich dann zum Ausschluss des Rechts auf “rescission”, wenn es infolge dessen unmöglich wird, im Rahmen der Rückabwicklung den *status quo ante* wiederherzustellen.¹⁶¹

Selbst bloße Untätigkeit kann eine Bestätigung des Vertrages herbeiführen: Um zu vermeiden, dass der Käufer eines Unternehmens trotz Kenntnis seines Rechts auf “rescission” zunächst abwartet, ob es möglicherweise wirtschaftlich vorteilhafter sein könnte, am Vertrag festzuhalten, verlangen die Gerichte nicht nur die einfache Erklärung über die Vertragsauflösung, sondern darüber hinaus auch aktive Maßnahmen zur Löschung des Erwerbers aus dem “register of shareholders”¹⁶², dessen Funktion in Deutschland vom Handelsregister wahrgenommen wird. Zur Beantwortung der Frage, wie viel Zeit verstreichen muss, bevor aus bloßer Passivität eine Bestätigung des Vertrages wird, ist auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen, insbesondere darauf, ob sich der Erklärende im begründeten Vertrauen auf den Fortbestand des Vertrages in eine Lage gebracht hat, die sich bei Fortfall des Vertrages als ungünstig erweist.¹⁶³ In diese den Grundsätzen der Billigkeit (“equity”) folgenden Bewertung sind die Länge des verstrichenen Zeitraumes und die Art und Weise der vom Erklärenden vorgenommenen Handlungen einzubeziehen, insbesondere ob es dem Erklärungsempfänger vorgeworfen werden kann, sein Recht nicht früher ausgeübt zu haben.¹⁶⁴

159. Für den Fall der vertraglichen Verpflichtung, Anteile an einer Gesellschaft erstmalig zu zeichnen vgl. *In re Hop and Malt Exchange and Warehouse Co, ex parte Briggs* (1866) L.R. 1 Eq 483; *Western Bank of Scotland v Addie* (1867) L.R. 1 Sc. & Div. 145; *Scholey v Central Railway Company of Venezuela* (1868) L.R. 9 Eq. 266.

160. *Vigers v Pike* (1842) 8 Cl. & F. 562.

161. Siehe dazu sogleich unten in Abschnitt ii).

162. *In re Estates Investment Company (Pawlé's Case)* (1869) L.R. 4 Ch.App. 497; *First National Reinsurance Co Ltd v Greenfield* [1921] 2 K.B. 260.

163. *Lindsay Petroleum Co v Hurd, Farewell and Kemp* (1874) L.R. 5 P.C. 221, 240: “Where it would be practically unjust to give a remedy, either because the party has, by his conduct, done that which might fairly be regarded as equivalent to a waiver of it, or where by his conduct and neglect he has, though perhaps not waiving that remedy, yet put the other party in a situation in which it would not be reasonable to place him if the remedy were afterwards to be asserted, in either of these cases, lapse of time and delay are most material.”

Der Verlust des Rechts zur Vertragsauflösung infolge einer Bestätigung des Vertrages lässt eventuell bestehende Schadensersatzansprüche gemäß Misrepresentation Act, s 2(1) unberührt.¹⁶⁵ Allerdings kann dem im Grundsatz schadensersatzberechtigten Erklärungsempfänger unter Umständen ein Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit entgegengehalten werden, sofern er trotz einer gravierend falschen Tatsachenerklärung am Vertrag festhalten will, statt sich allein mit Schadensersatz zufriedenzugeben.

ii) Unmöglichkeit, den *status quo ex ante* wiederherzustellen

Der Käufer kann sein Recht zur Vertragsauflösung nur dann ausüben, wenn er willens und in der Lage ist, das von ihm in Erfüllung des Vertrages Erlangte zurückzugewähren.¹⁶⁶

Dementsprechend erlischt das Recht zur “rescission for misrepresentation”, wenn der Käufer das Kaufobjekt so umgestaltet hat, dass er es nicht im ursprünglichen Zustand zurückerstatten kann (“impossibility of *restitutio in integrum*”). Beispielsweise wurde dem Käufer eines Unternehmens die “rescission” versagt, nachdem er den Geschäftsbetrieb vier Monate lang fortgeführt hatte und Teile des Betriebvermögens veräußert hatte.¹⁶⁷ Ebenso wurde zu Lasten des Erwerbers einer Mine entschieden, der den Abbau fortgeführt hatte.¹⁶⁸ Generell scheidet die “rescission for pre-contractual misrepresentation” aus, wenn der Geschäftsbetrieb des verkauften Unternehmens vom Käufer eingestellt oder in wesentlichem Maße verändert wurde.¹⁶⁹ Die Gerichte verfügen über einen gewissen Spielraum bei der Beantwortung der Frage, ob eine wesentliche Veränderung vorliegt: das Recht auf “rescission” bleibt erhalten, solange der Erklärungsempfänger zwar nicht detailgenaue, aber zumindest im wesentlichen vollumfängliche Rückerstattung leisten kann und zudem Ausgleichsleistungen für von ihm gezogene Vorteile bzw. von ihm verursachte Verschlechterungen vornimmt.¹⁷⁰ In diesem Zusammenhang kann das Gericht auch von beiden Seiten gezogene Vorteile miteinander aufrechnen. Dies

164. *Lindsay Petroleum Co v Hurd, Farewell and Kemp* (1874) L.R. 5 P.C. 221, 239, 240.

165. *Production Technology Consultants v Barlett* [1986] 1 E.G.L.R. 82.

166. *Spence v Crawford* [1939] 3 All E.R. 271, 288, 289 *per Lord Wright*.

167. *The Sheffield Nickel and Silver Plating Co Ltd v Unwin* (1877) 2 Q.B.D. 214.

168. *Clarke v Dickson* (1858) E.B. & E. 148, 155.

169. *Knight* S. 160.

170. *Redgrave v Hurd* (1881) 20 Ch.D. 1; *Hulton v Hulton* [1917] 1 K.B. 813, 826.

wird anschaulich belegt durch die Entscheidung *Erlanger v New Sombrero Phosphate Co*¹⁷¹, in der die Vertragsauflösung zugelassen wurde, obwohl der Erwerber einer Phosphatmine den Rohstoffabbau fortgeführt hatte. Anders als in der oben zitierten Entscheidung *The Sheffield Nickel and Silver Plating Co Ltd v Unwin*¹⁷² war hier der Abbau noch nicht so weit fortgeschritten, dass eine im wesentlichen vollumfängliche Rückerstattung nicht mehr möglich war.

Beruhet die Veränderung des Kaufobjekts hingegen nicht auf dem Verhalten des Käufers, sondern auf dem Verhalten Dritter, äußeren Umständen oder sogar auf den vom Verkäufer falsch erklärten Tatsachen, steht dies einer Vertragsauflösung nicht entgegen. Beispielsweise kann der Käufer der Anteile an einer unternehmenstragenden Gesellschaft auch dann noch sein Recht ausüben, den Vertrag für aufgelöst zu erklären, wenn der Marktwert dieser Anteile auf einen Bruchteil des Kaufpreis gesunken ist.¹⁷³

Ebenso bleibt das Recht zur Vertragsauflösung unberührt, wenn der Erklärungsempfänger einen Vorteil aus dem Vertrag gezogen hat, solange dieser Vorteil nicht zu Lasten des Erklärenden geht.¹⁷⁴ Eine solche Situation kann eintreten, wenn der Erklärungsempfänger von einer Bankbürgschaft oder anderweitiger Sicherheit des Erklärenden profitiert, ohne dass der Hauptschuldner vom Bürgen Erfüllung verlangt.

Ausnahmsweise kann der Betrogene die von ihm erbrachte Leistung zurückverlangen, ohne seinerseits das von ihm Erlangte herausgeben zu müssen, wenn dem Verkäufer eine über Arglist hinausgehende, betrügerische Absicht ("criminal fraud") vorzuwerfen ist.¹⁷⁵ Die dadurch dem Erklärungsempfänger erwachsende Bereicherung wird mit der Erwägung gerechtfertigt, dass diese wirtschaftliche Sanktion Betrugsversuche unattraktiv machen soll.¹⁷⁶

171. (1878) 3 App.Cas. 1218, 1278 f.: "[A Court of Equity] can take accounts of profits, and make allowance for deterioration. And I think the practice has always been for a Court of Equity to give this relief whenever, by the exercise of its powers, it can do what is practically just, though it cannot restore the parties precisely to the state they were in before the contract."

172. (1877) 2 Q.B.D. 215.

173. *Armstrong v Jackson* [1917] 2 K.B. 822.

174. *Spence v Crawford* [1939] 3 All E.R. 271.

175. *Berg v Sadler and Moore* [1937] 2 K.B. 158.

176. *Treitel* S. 346.

Selbst wenn der Erklärungsempfänger das Recht zur Vertragsauflösung infolge der Unmöglichkeit vollständiger Rückabwicklung verliert oder es anderweitig verwirkt, kann er dessen ungeachtet Schadensersatz verlangen.¹⁷⁷

iii) **Schutz der Rechte Dritter: “prejudice to innocent third party”**

Das Recht zur Vertragsauflösung ist ferner ausgeschlossen, wenn eine Rückabwicklung Rechte unbeteiligter Dritter beeinträchtigen würde.¹⁷⁸ Dies betrifft vor allem den Fall, dass ein gutgläubiger Dritter infolge eines entgeltlichen Vertrages ein Recht an dem vom Verkäufer herauszugebenden Gegenstand erworben hat. Aus Sicht des Unternehmenskäufers erlangt dies Bedeutung, wenn er das gekaufte Unternehmen nicht mit Geld, sondern beispielsweise in Aktien bezahlt hat.

iv) **Zeitablauf: “lapse of time”**

Ob einfacher Zeitablauf das Recht, den Vertrag aufzulösen, ausschließt, hängt davon ab, auf welcher Art von “misrepresentation” dieses Recht im Einzelfall beruht.

Handelt es sich um eine arglistig falsche Tatsachenerklärung, schließt Zeitablauf allein das Recht zur Vertragsauflösung noch nicht aus.¹⁷⁹ Der Zeitablauf erlangt hier nur Bedeutung als zusätzliches Indiz für eine mögliche Bestätigung des Vertrages durch längere Passivität, wenn der Käufer Kenntnis von seinem Recht auf “rescission” hat.

Liegt jedoch nur eine schuldlos falsche Tatsachenerklärung vor, kann der Erklärungsempfänger sein Recht zur Vertragsauflösung durch zu langes Zuwarten verwirken, selbst wenn er noch keine Kenntnis dieses Rechts erlangt hat. Dazu ist das Verstreichen einer Zeitspanne erforderlich, während derer ein sorgfältiger Erwerber die Falschheit der Tatsachenerklärung entdecken würde.¹⁸⁰ Es obliegt dem Käufer insofern, innerhalb einer angemessenen Zeitspanne die Korrektheit der erklärten Tatsachen zu überprüfen.¹⁸¹

177. *Treitel* S. 326.

178. *Chitty*, Bd. 1, 6-125; *Treitel* S. 355.

179. *Clough v The London North Western Railway Co* (1871) L.R. 7 Ex. 26, 35.

180. *Leaf v International Galleries (a firm)* [1950] 2 K.B. 86: Der Käufer eines Bildes hatte sich fünf Jahre lang auf die schuldlos falsche Erklärung verlassen, das Bild stamme von *J. Constable*, bevor er sich dazu entschloss, den Vertrag für aufgelöst zu erklären.

181. *Leaf v International Galleries (a firm)* [1950] 2 K.B. 86, 92.

Im Schrifttum wird für wahrscheinlich gehalten, dass diese Regel auch auf Fälle anwendbar ist, in denen dem Erklärenden Sorgfaltswidrigkeit vorzuwerfen ist, keinesfalls aber auf Arglistfälle.¹⁸²

e) **Ausschluss und Begrenzung *ex ante***

Grundsätzlich ist es zulässig, die Haftung für falsche Tatsachenerklärungen vertraglich auszuschließen; sowohl hinsichtlich des Rechts auf Schadensersatz als auch bezüglich des Rechts zur Vertragsauflösung.¹⁸³ Dabei sind die allgemeinen Anforderungen des richterrechtlichen “common law” an Haftungsausschlussklauseln sowie die gesetzliche Sonderregel in Misrepresentation Act 1967, s 3 zu beachten.

i) **Misrepresentation Act 1967, s 3**

Eine spezialgesetzliche Regelung der Anforderungen an die Wirksamkeit von Klauseln, die eine eventuelle Haftung für falsche Tatsachenerklärungen ausschließen oder beschränken, findet sich in Misrepresentation Act 1967, s 3.¹⁸⁴

(1) *Anwendungsbereich*

Prima facie betrifft Unfair Contract Terms Act 1977, s 11(4) Klauseln, die eine Haftungsbeschränkung vorsehen. Zu beachten ist, dass die Gerichte über den engen Wortlaut hinaus (“Where ... a person seeks to restrict liability ...”) die Regelung analog auch auf Haftungsausschlussklauseln anwenden.¹⁸⁵ Dies lässt sich

182. *Cheshire/Fifoot/Furmston* S. 297; *Treitel* S. 357.

183. *Pan Atlantic Insurance Ltd. v. Pine Top Insurance Co* [1993] 1 Lloyd’s Rep. 496: “It can therefore be accepted that conceptually it is also possible to draft a clause which excludes the other party’s right to rescind for non-disclosure, except in the case of fraud, even though the clause excluding remission forms part of a contract which upon rescission would be rendered retrospectively null and void. But that is only possible if the clause evinces a clear intention to exclude the right of avoidance.” Siehe auch *Toomey v Eagle Star Insurance Co Ltd* [1995] 2 Lloyd’s Rep. 88, 91 f.: “In those circumstances, although in the absence of authority I would have taken the opposite view, I have come to the conclusion that it is indeed possible to write a clause into a contract which does in fact exclude the right to rescind the contract for material misrepresentation or material non-disclosure.” Hier hatten die Parteien eine Klausel vereinbart, aufgrund derer der Vertrag “neither cancellable nor voidable by either party” sein sollte.

184. In ihrer durch Unfair Contract Terms Act 1977, s 8(1) ergänzten aktuellen Fassung hat die Vorschrift folgenden Wortlaut: “If a contract contains a term which would exclude or restrict (a) any liability to which a party to a contract may be subject by reason of any misrepresentation made by him before the contract was made; or (b) any remedy available to another party to the contract by reason of such a misrepresentation, that term shall be of no effect except in so far as it satisfies the requirement of reasonableness as stated in section 11(1) of the Unfair Contract Terms Act 1977; and it is for those claiming that the term satisfies that requirement to show that it does.”

mit dem klaren Wortlaut (“... exclude or restrict ...”) des Misrepresentation Act 1967, s 3 begründen, der über die indirekte Verweisung in Unfair Contract Terms Act 1977¹⁸⁶ sowohl hinsichtlich der Haftungsbeschränkung als auch betreffend den Haftungsausschluss in Bezug genommen wird.

In den Anwendungsbereich fallen zum Beispiel Vereinbarungen, denen zufolge Ansprüche wegen “misrepresentation” innerhalb von Ausschlussfristen geltend zu machen sind. Gleiches gilt für Klauseln, die entweder das Recht zur Vertragsauflösung, den Schadensersatzanspruch oder ein Recht zur Aufrechnung gegen derartigen Schadensersatz ausschließen, die jeweils übrigen Rechte aber unberührt lassen.¹⁸⁷ Aus dem Wortlaut der Norm folgt ferner, dass sie sich nur auf Klauseln bezieht, die Haftungsregelungen zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger als Vertragsparteien treffen; mögliche Haftungsfälle wegen der Erklärungen Dritter sind nicht Gegenstand der gesetzlichen Regelung. Eine Haftungsausschlussklausel fällt außerdem nur dann in den Anwendungsbereich der Vorschrift, wenn sie sich auf Haftung gerade wegen “misrepresentations” im Sinne einer vor Vertragsschluss abgegebenen Tatsachenerklärung (“statement of fact”) bezieht¹⁸⁸ und nicht etwa auf tatsachenunabhängige Leistungsversprechen (“pure promises”) oder auf im Wege richterlicher Vertragsauslegung ergänzter Abreden (“implied terms”). Letztere unterfallen allenfalls einer Inhaltsprüfung gemäß Unfair Contract Terms Act 1977.¹⁸⁹

Nicht in den Anwendungsbereich der Norm fallen hingegen Klauseln, mit denen die Schadensberechnung vorweggenommen wird (“agreed damages clauses”), da sie die Haftung nicht notwendigerweise beschränken, sondern abhängig von den Umständen des bei Vertragsschluss noch ungewissen Schadenfalles ebenso gut eine

185. *Singer Co (UK) Ltd v Tees and Hartlepool Port Authority* [1988] 2 Lloyd’s Rep. 164, 169; *Flamar Interocean Ltd v Denmac Ltd (The “Flamar Pride” and “Flamar Progress”)* [1990] 1 Lloyd’s Rep. 434, 439; *Monarch Airlines Ltd v London Luton Airport Ltd* [1998] 1 Lloyd’s Rep. 403, 411, 412; *Schenkers Ltd v Overland Shoes Ltd* [1998] 1 Lloyd’s Rep. 498, 499.

186. “Where ... the question arises ... under any other Act whether the term ... satisfies the requirement of reasonableness ...”

187. Vgl. den Sachverhalt in *Skipskreditforeningen v Emperor Navigation* [1998] 1 Lloyd’s Rep. 66, 74.

188. *Cheshire/Fifoot/Furmston* S. 308.

189. Siehe dazu die Ausführungen ab Seite 136.

Haftungserweiterung bewirken können.¹⁹⁰ Im einzelnen sind wegen der Lückenhaftigkeit des zu der gesetzlichen Regelung ergangenen Fallrechts noch zu viele Fragen offen, als dass eine umfassende Darstellung zum gegenwärtigen Zeitpunkt dem Vorwurf bloßer Spekulation entgehen könnte.¹⁹¹

Das zentrale Tatbestandsmerkmal des Misrepresentation Act, s 3 ist das Angemessenheitskriterium (“test of reasonableness”), das den Gerichten eine Inhaltsprüfung ermöglicht.

Der Maßstab für diese Prüfung ist Unfair Contract Terms Act 1977, s 11¹⁹² zu entnehmen. Aufgrund einer indirekten Verweisungsregelung finden auch s 11(2) und s 11(4)¹⁹³ Anwendung. Das folgt aus der Umschreibung, dass diese Absätze immer dann Anwendung finden, wenn es aufgrund des Unfair Contract Terms Act 1977 oder eines anderen Gesetzes darauf ankommt, ob eine Klausel dem Maßstab der Angemessenheit genügt.

Bei der Rechtsanwendung ist zunächst zu beachten, dass gemäß Unfair Contract Terms Act 1977, s 11(1) der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich für die Bewertung der Angemessenheit einer Haftungsausschlussklausel ist.¹⁹⁴ Inhaltlich hängt es von einer Vielzahl von Faktoren ab, ob eine Klausel als angemessen zu bewerten ist:

190. Vgl. *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A.C. 361, 395.

191. Einen knappen Überblick über Problembereiche und Lösungsvorschläge bietet *Treitel* S. 358 f.

192. Die Norm lautet im einzelnen: “11. The ‘reasonableness’ test.

(1) In relation to a contract term, the requirement of reasonableness for the purposes of this Part of this Act, section 3 of the Misrepresentation Act 1967 and section 3 of the Misrepresentation Act (Northern Ireland) 1967 is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made.”

Aufgrund einer indirekten Verweisungsregelung finden auch die Absätze (2) und s 11(4) der Vorschrift Anwendung, die folgenden Inhalt haben:

“(2) In determining for the purposes of section 6 or 7 above whether a contract term satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular to the matters specified in Schedule 2 to this Act; but this subsection does not prevent the court or arbitrator from holding, in accordance with any rule of law, that a term which purports to exclude or restrict any relevant liability is not a term of the contract.

(3) ...

(4) Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice to subsection (2) above in the case of contract terms) to—(a) the resources which he could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should it arise; and (b) how far it was open to him to cover himself by insurance.”

(2) *Kriterien für die Angemessenheitsprüfung: “reasonableness”*

Gemäß s 11(4) ist bei der Bewertung der Angemessenheit zu überprüfen, welche finanziellen Mittel der potentiell Haftende erwartungsgemäß für den Haftungsfall bereitstellen könnte und inwieweit es ihm möglich wäre, sich durch Abschluss einer Versicherung zu schützen.¹⁹⁵ Seit einigen Jahren bieten hochspezialisierte Unternehmen in zunehmendem Umfang Schutz gegen Risiken an, die typischerweise im Rahmen eines Unternehmenskaufs relevant werden.¹⁹⁶ Allerdings hat sich diese Art des Versicherungsschutzes noch nicht so etabliert, als dass sich dies in der richterrechtlichen Fortbildung des “common law” widerspiegeln würde. Daher fehlt es für den Bereich des Unternehmenskaufs noch an präzisen Vorgaben darüber, für welche Risiken es dem potentiell für falsche Tatsachenerklärungen Haftenden zumutbar wäre, sich zu versichern anstatt Haftungsbeschränkungen zu vereinbaren. Anzunehmen ist jedoch, dass mit zunehmender Üblichkeit von Versicherungsschutz für die Haftung für falsche Tatsachenerklärungen Haftungsbeschränkungsklauseln nur unter erschwerten Voraussetzungen noch als angemessen im Sinne des “reasonableness test” angesehen werden können.

Laut s 11(4) ist auch s 11(2) in die Bewertung einzubeziehen. Die Rechtsprechung behandelt das in s 11(2) in Bezug genommene Schedule 2 (“Guidelines” for Application of Reasonableness Test¹⁹⁷) auch über den ausdrücklich durch Hinweis auf ss 6, 7 erfassten Bereich des Sach- bzw. Warenkaufs hinaus als allgemein auf andere

193. Die Absätze haben folgenden Inhalt:

“(2) In determining for the purposes of section 6 or 7 above whether a contract term satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular to the matters specified in Schedule 2 to this Act; but this subsection does not prevent the court or arbitrator from holding, in accordance with any rule of law, that a term which purports to exclude or restrict any relevant liability is not a term of the contract.

(3) ...

(4) Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice to subsection (2) above in the case of contract terms) to-(a) the resources which he could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should it arise; and (b) how far it was open to him to cover himself by insurance.”

194. “... when the contract was made”.

195. Es kommt nicht darauf an, welcher Versicherungsschutz dem potentiell Haftenden tatsächlich zur Verfügung stand, sondern darauf, ob das Haftungsrisiko *per se* versicherbar wäre; vgl. *Singer (UK) Ltd v Tees and Hartlepool Port Authority* [1988] 2 Lloyd’s 164.

196. Obwohl es sich nach wie vor um ein im Entstehen begriffenes Segment des Versicherungsmarktes handelt, werden die wichtigsten akquisitionsspezifischen Risiken mehr und mehr versicherbar. Aktuelle Informationen bietet http://www.aon.com/about/busi_desc/companies/ARS/ars_mergers.asp (Stand: November 2000).

Vertragsarten anwendbar.¹⁹⁸ Die Verweisung in s 11(4) ist daher im Rahmen des Unternehmenskaufs als Rechtsfolgenverweisung zu betrachten. Obwohl noch keine ausdrücklich den Unternehmenskauf betreffende Entscheidung zu diesem Punkt veröffentlicht wurde, kann daher mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, dass auch in diesem Zusammenhang der “reasonableness test” unter analoger Berücksichtigung der Richtlinien in Schedule 2 anzuwenden ist. Folglich sind nach s 11(2) in Verbindung mit Schedule 2 die folgenden fünf Grundsätze zu beachten: (a) die Stärke der Verhandlungsposition der Vertragsparteien im Verhältnis zueinander, (b) vom Verkäufer gegebene Anreize als Ausgleich für die dem Käufer nachteilige Klausel bzw. Ausweichalternativen des Käufers auf andere, nicht auf dieser Klausel bestehende Verkäufer, (c) die Kenntnis bzw. sorgfaltswidrige Unkenntnis des Käufers von der Haftungsbeschränkungs- oder Ausschlussklausel, (d) die Wahrscheinlichkeit, dass die Haftung für den in einer solchen Klausel beschriebenen Umstand hätte vermieden können, sowie letztlich (e) die Frage, ob das Kaufobjekt speziell den Bedürfnissen des Käufers angepasst wurde.

197. Schedule 2 lautet im einzelnen wie folgt:

“The matters to which regard is to be had in particular for the purposes of sections 6(3), 7(3) and (4), 20 and 21 are any of the following which appear to be relevant –
 the strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer’s requirements could have been met;
 whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having to accept a similar term;
 whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties);
 where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition is not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable;
 whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer.”

198. *Singer Co (UK) Ltd v Tees and Hartlepool Port Authority* [1988] 2 Lloyd’s Rep. 164, 169; *Flamar Interocean Ltd v Denmac Ltd (The “Flamar Pride” and “Flamar Progress”)* [1990] 1 Lloyd’s Rep. 434, 439; *Monarch Airlines Ltd v London Luton Airport Ltd* [1998] 1 Lloyd’s Rep. 403, 411, 412; *Schenkers Ltd v Overland Shoes Ltd* [1998] 1 Lloyd’s Rep. 498, 499 mit Hinweis auf *Chitty*, Bd. 1, 14-069.

Diese fünf Grundsätze sind primär auf den Warenkauf zugeschnitten; zum Beispiel erscheint es im Hinblick auf lit. (b) in aller Regel nicht als realistisch, dass ein Unternehmenskäufer ohne weiteres statt des Kaufobjekts ein zweites, im wesentlichen gleiches Unternehmen erwerben könnte. Nichtsdestotrotz lassen sich daraus aber auch für den Unternehmenskauf zumindest teilweise sinnvolle Richtlinien ableiten:

Im Rahmen des Kriteriums (a) kann darauf abzustellen sein, ob der Käufer aus wirtschaftlichen Gründen wie beispielsweise einer nötigen Produktionserweiterung dringend auf den Erwerb des Unternehmens angewiesen ist und daher zu weitergehenden Zugeständnissen bereit ist als etwa ein großer institutioneller Investor, der im Rahmen seines diversifizierten Portfolios flexibel agieren kann.

Kriterium (b) kann ebenfalls sinnvoll angewendet werden, da der Umfang der vom Verkäufer akzeptierten Haftung regelmäßig Eingang in die Kaufpreisberechnung findet und ein Haftungsausschluss den Kaufpreis tendenziell niedriger ausfallen lassen wird.

Für die unter lit. (c) aufgeführte Richtlinie fällt es schwerer, eine Entsprechung im Bereich des Unternehmenskaufs zu finden, da üblicherweise jede einzelne Bestimmung des Kaufvertrags individuell ausgehandelt wird. Auch wenn viele Klauseln einem allgemeinen Standardschema entsprechen, sind Unternehmenskaufverträge in der Praxis stets auf den Einzelfall maßgeschneidert. Es gibt daher keine ständig in ähnlicher Weise wiederkehrenden Beziehungen zwischen identischen Vertragsparteien. Trotzdem wäre denkbar, unter diese Richtlinie die Üblichkeit bestimmter abstrakter Ausschluss- oder Beschränkungsvereinbarungen zu subsumieren. Dies beträfe dann nicht den Teil der Klausel, der die jeweils individuellen Merkmale des verkauften Unternehmens bezeichnet, sondern den Teil, der den abstrakten Haftungsumfang definiert (z. B. eine Beschränkung der Haftung darauf, dass Tatsachenerklärungen nach bestem Wissen und Gewissen abgegeben werden¹⁹⁹).

Merkmal (d) wiederum kann ohne größere Schwierigkeiten im Rahmen des Unternehmenskaufs eine sinnvolle Rolle spielen. Je unwahrscheinlicher der Eintritt eines bestimmten Haftungsrisikos ist, desto eher kann es als angemessen gelten, die Haftung für dieses Risiko zu beschränken oder ganz auszuschließen. Dies gilt insbesondere für erklärte Tatsachen, deren Fehlen jeglichen praktischen Erfahrungen zuwiderliefe.

199. Üblicherweise lauten derartige Klauseln in ihrem abstrakten Teil in etwa wie folgt: "To the best of Seller's knowledge and belief ...", gefolgt von den Tatsachenumschreibungen.

Hinsichtlich Kriterium (e) bedarf es nur geringer Abstraktion von dem Gedanken des nach Vorgaben des Käufers gefertigten, verarbeiteten oder angepassten Kaufobjekts, um die Richtlinie für den Unternehmenskauf anwendbar zu machen. In der Praxis kommt es regelmäßig vor, dass das zu verkaufende Unternehmen durch Abspaltung von Betriebsteilen, Änderung der Rechtsform oder anderweitige Umstrukturierung bei hinreichendem Fortschritt der Verhandlungen, jedoch noch vor dem Abschluss des Kaufvertrags den Wünschen des zukünftigen Käufers angepasst wird, um die spätere Eingliederung in dessen wirtschaftliche Aktivitäten zu optimieren. Dieser Optimierungsprozess ist Teil dessen, was in der Fachsprache gemeinhin als „die Braut schmücken“ bezeichnet wird. Wenn derartige vom Käufer veranlasste Bemühungen des Verkäufers sich in einer für letzteren günstigeren Haftungssituation niederschlagen, liegt es nahe, dies als angemessen einzustufen. Dem liegt der Gedanke des Vertrauensschutzes zugrunde.

Festzuhalten bleibt, dass den Gerichten ein weites Spektrum an Bewertungsaspekten an die Hand gegeben ist, um die Angemessenheit von die Haftung ausschließenden oder beschränkenden Klauseln zu bewerten. Dies gilt um so mehr, als die soeben erläuterten Richtlinien in Schedule 2 nicht abschließend sind.²⁰⁰ Ausgehend von diesen Richtlinien kann das Gericht die Frage der Angemessenheit auf Tatbestandsebene innerhalb eines voll revisiblen Bewertungsspielraums klären, ohne dass ihm jedoch Ermessen eröffnet ist.²⁰¹ Das House of Lords hat deutlich gemacht, dass ein die Angemessenheitsprüfung angreifendes Rechtsmittel nur dann Aussicht auf Erfolg hat, wenn diese Prüfung von der Vorinstanz auf eine abwegige Begründung gestützt wird oder offensichtlich falsch ist.²⁰²

200. *Smith v Eric S. Bush, Harris* [1990] 1 A.C. 831, 858 *per Lord Griffiths*: “I believe that it is impossible to draw up an exhaustive list of the factors that must be taken into account when a judge is faced with this very difficult decision.”

201. *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd* [1983] 2 A.C. 803, 816 *per Lord Bridge of Harwich*: “It may, therefore, be appropriate to consider how an original decision as to what is “fair and reasonable” made in the application of any of these provisions should be approached by an appellate court. It would not be accurate to describe such a decision as an exercise of discretion. But a decision under any of the provisions referred to will have this in common with the exercise of a discretion, that, in having regard to the various matters to which the modified section 55 (5) of the Act of 1979, or section 11 of the Act of 1977 direct attention, the court must entertain a whole range of considerations, put them in the scales on one side or the other, and decide at the end of the day on which side the balance comes down. There will sometimes be room for a legitimate difference of judicial opinion as to what the answer should be, where it will be impossible to say that one view is demonstrably wrong and the other demonstrably right. It must follow, in my view, that, when asked to review such a decision on appeal, the appellate court should treat the original decision with the utmost respect and refrain from interference with it unless satisfied that it proceeded upon some erroneous principle or was plainly and obviously wrong.”

(3) Einzelfälle

Eine Beschränkung der Haftung für Arglist ist generell als nicht angemessen anzusehen.²⁰³

Aus der Rechtsprechung lässt sich ferner ableiten, dass eine Ausschluss- oder Begrenzungsklausel seit Erlass des Misrepresentation Act, s 3 dann unangemessen ist, wenn sie das Recht auf Schadensersatz oder Vertragsbeendigung auch für Fälle gewichtiger Vertragsverletzungen ausschließen soll.²⁰⁴

Hält das Gericht eine Haftungsbeschränkung bzw. einen Haftungsausschluss für nicht angemessen, erklärt es in aller Regel die gesamte Klausel für nichtig.²⁰⁵ Eine geltungserhaltende Reduktion ist grundsätzlich nicht möglich.²⁰⁶ Etwas anderes gilt, wenn die unangemessene Regelung nur einen abtrennbaren Teil der Klausel betrifft. In diesem Fall kann das Gericht die Klausel aufrechterhalten, soweit sie angemessen ist.²⁰⁷

202. Insofern greifen die Leitsätze der Entscheidung *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd* [1983] 2 A.C. 803, 804 die zuvor zitierte Analyse von *Lord Bridge of Harwich* auf: “An appellate court reviewing on appeal the application of a statutory provision requiring determination of the question whether a term in a contract is ‘fair and reasonable’ should treat the original decision with the utmost respect and refrain from interference with it unless satisfied that it proceeded upon some erroneous principle or was plainly or obviously wrong.”

203. Siehe *Shipskreditforeningen v Emperor Navigation* [1998] 1 Lloyd’s Rep. 66, 76 *per Mance J*: “As a matter of public policy, it is generally impermissible to exclude liability for personal fraud. The position differs in relation to fraud of employees, but even so such an exclusion would require clear wording.”

204. *Cremdean Properties Ltd v Nash* (1977) 244 E.G. 547; *Walker v Boyle* [1982] 1 All E.R. 634.

205. *Walker v Boyle* [1982] 1 All E.R. 634.

206. *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd* [1983] 2 A.C. 803, 816; *Stewart Gill v Horatio Myer & Co Ltd* [1992] Q.B. 600, 609 *per Stuart-Smith LJ*: “Nor does it appear to me to be consistent with the policy and purpose of the Act to permit a contract or to impose a contractual term, which taken as a whole is completely unreasonable to put a blue pencil through the most offensive parts and say that what is left is reasonable and sufficient to exclude or restrict his liability in a manner relied upon.” Siehe ferner *Shipskreditforeningen v Emperor Navigation* [1998] 1 Lloyd’s Rep. 66, 75 *per Mance J*.

207. *Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd* [1992] Q.B. 600; *Shipskreditforeningen v Emperor Navigation* [1998] 1 Lloyd’s Rep. 66, 75.

ii) Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen

Die Wirksamkeit von Vertragsklauseln mit haftungsausschließender oder -beschränkender Wirkung ("clauses excluding or limiting liability") in Unternehmenskaufverträgen richtet sich im übrigen nach den Regeln des "common law".²⁰⁸ Diese richterrechtlichen Regeln werden für den Sonderfall des "asset deal" durch Unfair Contract Terms Act 1977, s 2 ergänzt. Ein Anteilskauf hingegen ist gemäß Schedule 1, paragraph 1(e) von dem Anwendungsbereich dieser Norm ausgenommen. Dass der in dieser Ausnahmevorschrift verwendete Begriff "securities" sich auf Geschäftsanteile bezieht, entspricht allgemeiner Meinung, auch wenn dazu noch keine gefestigte Rechtsprechung ersichtlich ist.²⁰⁹ Bedenken gegen diese Interpretation könnten insofern erhoben werden, als "securities" nach traditionellem englischen Sprachgebrauch Sicherungsrechte bezeichnen, während man früher nur in den Vereinigten Staaten darunter Wertpapiere und Geschäftsanteile subsumierte. Allerdings hat sich der amerikanische Sprachgebrauch inzwischen auch in England durchgesetzt; heute versteht man darunter im weiteren Sinne "stocks", "shares", "debentures", "bonds" und andere Anrechte auf Dividenden- oder Zinszahlungen.²¹⁰

Die daraus resultierenden Voraussetzungen sind auch dann einzuhalten, wenn eine Klausel im Einzelfall den soeben dargelegten Anforderungen des Misrepresentation Act, s 3 genügt. Angesichts des umfassenden Anwendungsbereichs dieses Spezialgesetzes ("If a contract contains a term which would exclude or restrict any liability ... or any remedy ...") spielen sie jedoch lediglich eine subsidiäre Rolle und bedürfen an dieser Stelle keiner gesonderten Erläuterung. Ihre vornehmliche Bedeutung entfalten die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Ausschluss bzw. die Beschränkung der Haftung auf vertraglicher Grundlage, so dass sie erst im Zusammenhang mit der Darstellung dieses Themenkomplexes eingehend erörtert werden.²¹¹

208. Anders als die übrigen Vorschriften in Unfair Contract Terms Act 1977 ist s 2 nicht an das Erfordernis eines Verbrauchervertrags oder eines Warenkaufs geknüpft und folglich auch auf einen Unternehmenskaufvertrag anwendbar.

209. Vgl. *Baker/Jillson – Fox* S. 137; *Evans* 6 I.C.C.L.R. 1995, 196; *Knight* S. 133. Der Wortlaut des Schedule 1, paragraph 1(e) lautet im einzelnen:

"Sections 2 to 4 of this Act do not extend to—

...

(e) any contract so far as it relates to the creation or transfer of securities or of any right or interest in securities."

210. Oxford Dictionary of Law S. 362.

211. Siehe dazu Seite 179 f.

f) Verjährung

Das Recht zur Auflösung des Vertrages wegen vorvertraglicher falscher Tatsachenerklärung ist Teil des Billigkeitsrechts (“equitable remedy”),²¹² auf das die gesetzlichen Verjährungsregeln gemäß Limitation Act 1980, s 36(1) keine Anwendung finden. Die Gerichte können die Vorschriften des Limitation Act 1980 allenfalls im Wege der Analogie heranziehen.

Im Falle schuldlos falscher Tatsachenerklärungen ist ferner die Möglichkeit eines Rechtsverlusts wegen Zeitablaufs nach den oben²¹³ erläuterten Grundsätzen zu beachten.

B. Vertragsverletzung: “breach of contract”

Anders als das deutsche Recht nimmt das englische Recht keine Trennung zwischen bestimmten Vertragstypen vor; gelehrt wird nur das Vertragsrecht im allgemeinen (“law of contract”), ein besonderes Recht des Kaufvertrags bzw. Kaufrecht existiert nicht. Im allgemeinen nähert sich ein englischer Jurist einem Vertrag folglich nicht in der Weise, dass er ihn zunächst in eine bestimmte Kategorie einordnet, um daraus aufgrund abstrakt festgelegter Regeln Schlüsse über die Rechte und Pflichten der Parteien oder über die Folgen von Vertragsverletzungen zu ziehen. Vielmehr wird prinzipiell jeder Vertrag separat betrachtet und aus sich heraus ausgelegt. Lücken im Vertrag werden im Wege der Interpretation *ad hoc* durch sogenannte “implied terms” geschlossen. Ansätze von Typisierung ergeben sich lediglich indirekt daraus, dass die Gerichte gemäß dem Prinzip der Bindung an Präzedenzfälle (“doctrine of binding precedent”) in häufig anzutreffenden, *de facto* standardisierten Vertragsbeziehungen (“relationships of common occurrence”) die gleichen “implied terms” anwenden.²¹⁴ Zu unterscheiden sind vor allem “terms implied in fact” und “terms implied in law”. Erstere betreffen Regelungen, die zwar nicht ausdrücklich im Vertrag ausgesprochen werden, aber bei denen davon auszugehen ist, dass die Parteien sie als selbstverständlich vorausgesetzt haben.²¹⁵ Letztere werden von Rechts wegen als Vertragsbestandteile angesehen, selbst wenn die Parteien

212. *Heshon* S. 29.

213. Auf Seite 113 f.

214. *Shell UK Ltd v Lostock Garage Ltd* [1977] 1 All E.R. 481, 487 *per Lord Denning M.R.*

215. *The Moorcock* (1889) 14 P.D. 64; *Shirlaw v Southern Foundries* (1926) Ltd [1939] 2 K.B. 206, 227.

nicht beabsichtigt haben, sie zum Gegenstand des Vertrages zu machen.²¹⁶ Ferner erwähnenswert in diesem Zusammenhang sind Verkehrssitten und Handelsbräuche (“custom and usage”), die ergänzend (nicht jedoch korrigierend) bei der Vertragsauslegung herangezogen werden.²¹⁷

Die Gerichte üben sich in größtmöglicher Zurückhaltung, den Vertragsparteien durch “implied terms” Pflichten aufzuerlegen, die nicht ausdrücklich vereinbart worden sind. Großzügiger ist die Haltung der Rechtsprechung hingegen, wenn es darum geht, Rechte der Parteien im Wege der Auslegung zu beschränken.

Weil die Gerichte nur wenige Pflichten als “implied terms” anerkennen, gibt es selbst für einfache Kaufverträge, geschweige denn für Unternehmenskaufverträge, kein umfassendes Geflecht dispositiver Regeln betreffend die grundlegenden Vertragsbeziehungen. Vielmehr gilt die Grundregel *caveat emptor*,²¹⁸ so dass es für jeden individuellen Vertrag eminent wichtig ist, dass sämtliche vertraglichen Rechte und Pflichten umfassend ausformuliert werden.²¹⁹ Lediglich für Unternehmenskäufe durch Erwerb sämtlicher Vermögensgegenstände (“asset deal”) normiert Sale of Goods Act 1979, s 12 und s 14 eine Reihe von dispositiven Vertragsbestandteilen (“implied terms”) betreffend Rechtsinhaberschaft (“title”), qualitative Anforderungen (“quality”) sowie die Gebrauchstauglichkeit (“fitness”). Diese sind jedoch von sehr begrenzter Reichweite, da nur die Haftung für Unternehmensbestandteile geregelt wird, welche Waren (“goods”) im Sinne von Sale of Goods Act 1979, s 61(1) sind.²²⁰ Dies betrifft stets nur einzelne Gegenstände als Bestandteile des Betriebsvermögens, nicht aber das Unternehmen als solches. Gerade die für den Käufer wichtigen Bereiche der vertraglichen Verpflichtungen oder der Steuerschulden des zu kaufenden Unternehmens sind daher ebenso wenig erfasst wie anhängige oder drohende Rechtsstreitigkeiten sowie Fälle der Umwelthaftung.²²¹

216. *Hivac Ltd v Park Royal Scientific Instruments Ltd* [1946] Ch. 169.

217. Siehe etwa *Hutton v Warren* (1836) 1 M. & W. 466, 475; *Humfrey v Dale* 7 E. & B. 266, 275; *Baker v Black Sea and Baltic General Insurance Co Ltd* [1998] 2 All E.R. 833.

218. Lateinisch für: „Der Käufer möge Vorsorge treffen“ oder frei übersetzt: „Es obliegt dem Käufer, sich selbst zu schützen“.

219. *Heshon* S. 27.

220. Sale of Goods Act 1979, s 61(1) in der durch Sale and Supply of Goods Act 1994 ergänzten Fassung lautet: “... ‘goods’ includes all personal chattels other than things in action and money, and in Scotland all corporeal moveables except money; and in particular ‘goods’ includes emblements, industrial growing crops, and things attached to or forming part of the land which are agreed to be severed before sale or under the contract of sale; and includes an undivided share in goods ...”

Eine vergleichbare Regelung für Unternehmenskäufe im Wege des Anteilserwerbs fehlt völlig.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, warum nach englischem Recht konzipierte Unternehmenskaufverträge bis ins kleinste Detail die Anforderungen regeln, die das verkaufte Unternehmen erfüllen muss, sowie die Rechtsfolgen, die eine Abweichung von diesen Anforderungen nach sich ziehen soll. Diese Regelungen sind üblicherweise derart umfangreich, dass sie oft mehr als die Hälfte des gesamten Vertragswerks ausmachen.²²²

Des Weiteren lässt sich aus der Besonderheit des englischen Rechts, dass eine Typisierung nach Vertragsarten allenfalls eine untergeordnete Bedeutung hat, die Einsicht ableiten, dass das für den Unternehmenskauf relevante Fallrecht keinesfalls nur auf Entscheidungen zu Unternehmenskäufen beruht, sondern auf einem breiten Spektrum von Entscheidungen zur Vertragshaftung allgemein, die zwar vorrangig Kaufverträge betreffen, aber mitunter auch andere Vertragstypen zum Gegenstand haben.

Ähnlich wie vorvertragliche falsche Tatsachenerklärungen können Vertragsverletzungen zweierlei Rechtsfolgen auslösen: einen Anspruch auf Schadensersatz²²³ und ein Recht, den Vertrag zu beenden.²²⁴

I. Schadensersatz

Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Vertragsverletzung kann sich aus verschiedenen Sachverhalten ergeben. Das englische Recht differenziert zwischen verschiedenen Arten vertraglicher Abreden, deren Verletzung unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen.

221. *Evans* 6 I.C.C.L.R. 1995, 196.

222. *Kessel* RIW 1997, 285, 286.

223. Dazu sogleich unter I.

224. Siehe Abschnitt II. auf Seite 149 ff.

1. Tatbestandsvoraussetzungen

a) In den Vertrag aufgenommene falsche Tatsachenerklärungen

Werden unrichtige vorvertragliche Tatsachenerklärungen später zum Gegenstand des Vertrages gemacht, wird dadurch für den Adressaten dieser Erklärungen ein zusätzlicher Haftungstatbestand geschaffen. Terminologisch werden in den Vertrag einbezogene “misrepresentations” als “contractual misrepresentations” oder “incorporated misrepresentations” gekennzeichnet. Der Erklärungsadressat kann einen Schadensersatzanspruch nunmehr auch auf eine Vertragsverletzung stützen, sofern die Tatsachenerklärung nicht zutreffend ist.

i) Vertraglich bindende Abrede

Erste Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch wegen “breach of contract” ist, dass eine vorvertragliche falsche Tatsachenerklärung (“mere representation”) über den Zustand des verkauften Unternehmens tatsächlich zum Vertragsbestandteil (“term of contract”) geworden ist. Ist eine solche Erklärung in den Vertragsdokumenten enthalten, kann sie auch dann Vertragsbestandteil sein, wenn sie den Erklärungsempfänger in keiner Weise zum Vertragsschluss motiviert hat.²²⁵ Sofern der Vertrag dazu keine ausdrückliche Aussage trifft, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob die Erklärung Grundlage des Vertrages (“basis of the contract”) ist.²²⁶ Dies ist von besonderer Schwierigkeit, wenn die relevante Tatsachenerklärung nicht erneut in etwa vorhandenen Vertragsdokumenten auftaucht, sondern nur in den Vertragsverhandlungen geäußert wurde. Maßgeblich ist, mit welcher Absicht die Erklärung abgegeben wurde.²²⁷ Diese Absicht ist aus der objektiven Sicht eines vernünftigen Betrachters (“reasonable man”) zu bestimmen.²²⁸ Diese objektive Perspektive wird dadurch abgemildert, dass eine bestimmte, objektiv nicht erkennbare Absicht ausnahmsweise dann beachtlich ist, wenn sie dem Erklärungsempfänger bekannt war.²²⁹

225. *Harlingdon & Leinster Enterprises Ltd v Christopher Hull Fine Art Ltd* [1991] 1 Q.B. 564, 574, 579, 584.

226. *Showa Oil Tanker Co Ltd of Japan v Maravan SA of Caracas (The “Larissa”)* [1983] 2 Lloyd’s Rep. 325, 330.

227. *Howard Marine & Dredging Co Ltd v A. Ogden & Sons (Excavations) Ltd* [1978] Q.B. 574, 595.

228. *Smith v Hughes* (1871) L.R. 6 Q.B. 597, 607; vgl. *Cheshire/Fifoot/Furmston* S. 28.

229. *Allied Marine Transport Ltd v Vale do Rio Doce Navegação SA (The “Leonidas D”)* [1985] 2 Lloyd’s Rep. 18; *Gebr. Van Weelde Scheepvaartkantoor BV v Compania Naviera Sea Orient SA (The “Agrabele”)* [1987] 2 Lloyd’s Rep. 223, 235.

Im Rahmen der Auslegung sind folgende Leitlinien von Bedeutung:

Fordert der Erklärende den Adressaten ausdrücklich auf, die Korrektheit der erklärten Tatsache zu überprüfen, bewertet man dies als Indiz dafür, dass eine Erklärung nicht Vertragsbestandteil geworden ist.²³⁰ Andererseits deutet es darauf hin, dass die Erklärung Bestandteil des Vertrages geworden ist, wenn sie mit dem Zweck abgegeben wurde, ihrem Adressaten die Wahrheit vorzuenthalten, wenn dieser Zweck erfüllt wurde und der Adressat daraufhin den Vertrag abgeschlossen hat.²³¹

Ist eine Tatsache von derartiger Bedeutung, dass der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre, wenn der Verkäufer sich nicht über sie erklärt hätte, ist hierin ein starkes Indiz dafür zu sehen, dass sie Bestandteil des Vertrages geworden ist.²³² Anders liegt es jedoch, wenn der Käufer ohne die Erklärung den Vertrag zwar abgeschlossen hätte, nicht jedoch zu den gleichen Konditionen. In diesem Fall kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Erklärung Vertragsbestandteil ist.²³³

Ähnlich wie im Zusammenhang mit der Frage, ob eine vorvertragliche "representation" vorliegt, ist auch hier zu überprüfen, ob es sich um eine Tatsachenerklärung und nicht lediglich um eine Meinungsäußerung oder Anpreisung handelt, die keine rechtliche Wirkung zeitigen.²³⁴ Um die mitunter schwierige Abgrenzung zwischen diesen Kategorien im Falle von Qualitätseinschätzungen²³⁵ von vornherein zu vermeiden, empfiehlt es sich, derartige Erklärungen ausdrücklich zu kennzeichnen. Um eine vertragliche Haftung zu vermeiden, werden in der Praxis Formulierungen verwendet wie beispielsweise "to the best of seller's knowledge and belief".²³⁶ Soll hingegen eine strikte vertragliche Einstandspflicht vereinbart werden, bietet sich die folgende Gestaltung an: "Seller assumes full responsibility for ...".

230. *Ecay v Godfrey* (1947) 80 Ll.L.R. 286.

231. *Schwawel v Reade* [1913] 2 I.R. 64 (H.L.).

232. *Bannerman v White* (1861) 10 C.B. (N.S.) 844.

233. *Oscar Chess Ltd v Williams* [1957] 1 All E.R. 325.

234. *Jendwine v Slade* (1797) 2 Esp. 571. Vgl. ferner *Gee v Lucas* (1867) 16 L.T. 357.

235. Vgl. *Leaf v International Galleries (a firm)* [1950] 2 K.B. 86 gegenüber *Harlingdon and Leinster Enterprises Ltd v Christopher Hull Fine Art Ltd* [1991] 1 Q.B. 564.

236. Vgl. dazu *Humming Bird Motors v Hobbs* [1986] R.T.R. 276.

Die Möglichkeit, dass im Verlauf der Vertragsverhandlungen mündlich erklärte Tatsachen im Wege der Auslegung als Vertragsbestandteile qualifiziert werden, wird durch die sogenannte “parol evidence rule” begrenzt. Danach sind Zeugenbeweise über von einem schriftlichen Vertrag abweichende Abreden unzulässig.²³⁷ Dieses eng mit dem Grundsatz objektiver Auslegung zusammenhängende Prinzip soll im Interesse der Rechtsklarheit sicherstellen, dass die Gesamtheit der vertraglichen Rechtsbeziehungen allein aus den Vertragsdokumenten ersichtlich ist.²³⁸

ii) Bindung im Rahmen eines Zusatzvertrages: “collateral contract”

Kann eine Erklärung nach obigen Ausführungen nicht als Bestandteil des Vertrages qualifiziert werden, bleibt die Möglichkeit, ihr dadurch vertraglichen Charakter zuzusprechen, dass sie als separate Vereinbarung (“collateral contract”) angesehen wird.²³⁹ Dazu müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein, durch die verhindert wird, dass die “parol evidence rule” vollständig ausgehöhlt wird:²⁴⁰

Die Erklärung muss inhaltlich bestimmt sein und mit der Absicht abgegeben worden sein, eine vertragliche Bindung herbeizuführen.²⁴¹ Darüber hinaus bedarf es spezifischer Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien bezweckten, die Erklärung gerade zum Bestandteil eines separaten Vertrages (und nicht zum Bestandteil des eigentlichen (Kauf-)Vertrages) zu machen; insbesondere muss der Adressat für die Abgabe der haftungsbegründenden Tatsachenerklärung eine Gegenleistung (“consideration”) erbracht haben.²⁴² Eine hinreichende Gegenleistung kann schon darin

237. *Goss v Lord Nugent* (1833) 110 Eng. Rep. 713. Die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes auf den Verkauf eines Unternehmens illustriert die Entscheidung *Allen v Pink* (1838) 4 M. & W. 140.

238. *Rabin v Gerson Berger Association Ltd* [1986] 1 All E.R. 374, 380, 382 f. Allerdings haben sich mittlerweile mehrere bedeutsame Ausnahmen herausgebildet: Unter anderem ist die Regel nicht auf Beweismittel anwendbar, mit denen die Nichtigkeit des Vertrages begründende Umstände bewiesen werden sollen; vgl. *Zahem International Construction Ltd v Nippon Kohan KK* [1987] 2 Lloyd’s Rep. 596; *Orion Insurance Co plc v Sphere Drake Insurance plc* [1992] 1 Lloyd’s Rep. 239. Die durch den Grundsatz begründete Vermutung, dass das schriftliche Dokument die Gesamtheit der vertraglichen Abreden wiedergibt, kann u. a. durch den Nachweis widerlegt werden, dass es sich lediglich um ein Memorandum handelt, das als Aufzeichnung eines schon zuvor geschlossenen Vertrages dienen sollte; vgl. *S.S. Ardennes (Cargo Owners) v S.S. Ardennes (Owners)* [1951] 1 K.B. 55. Des Weiteren sind vom Vertragsdokument selbst verschiedene Beweismittel dann zulässig, wenn es darum geht, mehrdeutige oder unklare Ausdrücke auszulegen; vgl. *Robertson v Jackson* (1845) 2 C.B. 412; *Bank of New Zealand v Simpson* [1900] A.C. 182. Zu weiteren Einzelheiten siehe *Treitel* S. 176 ff.

239. *De Lassalle v Guildford* [1901] 2 K.B. 215; *Esso Petroleum Co Ltd v Mardon* [1976] Q.B. 801. Einzelheiten finden sich bei *Wedderburn* [1959] C.L.J. 58.

240. *Mann v Nunn* (1874) 30 L.T. 526.

241. *Hantusch* 11 C.L. 1996, 57.

liegen, dass der Erklärungsempfänger sich aufgrund der relevanten Zusatzerklärung bereit findet, den Hauptvertrag abzuschließen.²⁴³ Trotz der im allgemeinen restriktiven Haltung der Gerichte, derartige “collateral contracts” anzuerkennen,²⁴⁴ lässt sich nicht vermeiden, dass vorvertraglich abgegebene Äußerungen mitunter vertragliche Bindungen begründen.²⁴⁵ Der einzige sichere Weg, um dies auszuschließen, besteht darin, über die hauptvertraglichen Vereinbarungen hinaus keinerlei mündliche Zusagen abzugeben.²⁴⁶

Vor diesem Hintergrund erklärt sich, warum Unternehmenskaufverträge üblicherweise ein Klausel beinhalten, in der der Käufer bestätigt, dass er lediglich auf Tatsachenerklärungen vertraut, die Bestandteil des Vertrages sind, und dass der Vertrag die Gesamtheit aller von den Parteien getroffenen Abreden abschließend beinhaltet (“entire agreement clause”).²⁴⁷ Da eine solche Klausel den Zweck hat, die Haftung für außervertragliche “misrepresentation” auszuschließen, ist sie gemäß Misrepresentation Act 1967, s 3, Unfair Contract Terms Act 1977, s 8, nur dann wirksam, wenn sie angemessen (“reasonable”) ist. Daran fehlt es, wenn die Klausel nicht nach den verschiedenen Arten falscher Tatsachenerklärungen differenziert, da ein Haftungsausschluss für “fraudulent misrepresentation” generell als unangemessen anzusehen ist.²⁴⁸ In der Praxis werden Klauseln zur Beschränkung der Haftung für vorvertragliche falsche Tatsachenerklärungen daher mit dem Zusatz eingeschränkt: “... unless such misrepresentation was made fraudulently”.

b) Andere Kategorien vertraglicher Abreden

Neben in den Vertrag aufgenommenen Tatsachenerklärungen existieren mehrere andere Arten von Vertragsvereinbarungen, deren Verletzung in gleichem Maße Schadensersatzansprüche auslöst.

242. *City of Westminster Properties (1934) Ltd v Mudd* [1959] Ch. 129. Zu den Eigentümlichkeiten der “doctrine of consideration” als Wirksamkeitsvoraussetzung für Verträge siehe ausführlich *Markesinis* [1978] C.L.J. 53.

243. *Heilbut, Symons & Co v Buckleton* [1913] A.C. 30, 47 *per Lord Moulton*: “There may be a contract the consideration for which is the making of some other contract ...”

244. Vgl. *Autocar Equipment v Motemtronic* L.S.G. 25 September 1996 und den Kommentar von *Vollans* 11 B.L.R. 1996, 232.

245. Siehe nur *Wake v Renault (UK) Ltd* *The Times*, 1 August 1996.

246. *Hantusch* 11 C.L. 1996, 57.

247. *Heshon* S. 30.

248. *Thomas Witter Ltd v TBP Industries Ltd* [1996] 2 All E.R. 573.

Zu unterscheiden ist zwischen “conditions”, “intermediate terms” (gleichbedeutend mit “innominate terms”) und “warranties”. Für die Begründung eines Schadensersatzanspruches an sich ist die genaue Differenzierung unerheblich; sie wird erst für die Frage relevant, ob darüber hinaus ein Recht besteht, den Vertrag zu beenden (“termination of contract” bzw. “rescission for breach”). Auf eine detaillierte Darlegung kann an dieser Stelle daher noch verzichtet werden. Entscheidend ist allein, dass eine Vertragsverletzung gegeben ist, gleichgültig, auf welche dieser verschiedenen Arten von Vertragsvereinbarungen sie sich bezieht. Unbedingt zu beachten ist aber, dass es in der Praxis üblich ist, sämtliche Vertragsabreden, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch auslöst, unterschiedslos als “warranties” zu bezeichnen²⁴⁹, obwohl dies unpräzise und – im Hinblick auf ein mögliches Recht zur Vertragsbeendigung – irreführend ist.

c) Verletzung einer Vertragsabrede: “breach of contract”

Das ist der Fall, wenn der Verkäufer eine fällige Vertragspflicht ohne rechtfertigenden Grund nicht erfüllt (“failure to perform”) oder sich weigert, sie zu erfüllen (“refusal to perform”). Ferner liegt ein “breach of contract” vor, wenn der Verkäufer eine mangelhafte Leistung erbringt (“defective performance”). Gleiches gilt, wenn der Verkäufer sich außerstande setzt, seine vertragliche Pflicht zu erfüllen (“incapacitating oneself”). Das Tatbestandsmerkmal des “breach of contract” wird in der englischen Rechtsterminologie zugleich als *pars pro toto* verwendet, um die Anspruchsgrundlage für eine Haftung wegen Vertragsverletzung im allgemeinen zu bezeichnen.

i) Nichterfüllung oder Leistungsverweigerung: “failure or refusal to perform”

Bei der Formulierung der gegenseitigen Pflichten in einem Vertrag nach englischem Recht wird stets besondere Sorgfalt darauf verwendet, dass eine als synallagmatische Leistungsversprechen (“promise”) intendierte Abrede deutlich von einer aufschiebenden Bedingung (“condition”²⁵⁰) unterschieden wird. Dadurch wird sichergestellt, dass beide sich im Synallagma gegenüber stehenden Leistungsinhalte unabhängig voneinander vertragliche Pflichten begründen, deren Verletzung Schadensersatzansprüche auslösen kann.

249. Siehe etwa *Beswick/Wine* S. 180.

250. Diese Form der bedingenden “condition” ist nicht zu verwechseln mit einer ebenso bezeichneten, für den Vertrag grundlegend wichtigen Vereinbarung.

Üblich sind in Unternehmenskaufverträgen ferner präzise Bestimmungen zur Fälligkeit. Regelmäßig wird – unter anderem aus versicherungstechnischen und steuerlichen Erwägungen – ein Zeitraum von mehreren Wochen oder sogar Monaten zwischen Vertragsschluss und Erfüllung (“completion”) vorgesehen.²⁵¹ In kartellrechtlich relevanten Verträgen wird die Erfüllung bis zur Freigabe durch die zuständigen Behörden aufgeschoben.²⁵²

Erbringt der Unternehmensverkäufer ohne rechtfertigenden Grund (“lawful excuse”)²⁵³ und trotz Fälligkeit ein Vertragsversprechen nicht, so liegt eine Vertragsverletzung in Form des “failure to perform” vor. Fälle der Leistungsverweigerung (“refusal to perform”) liegen außerhalb des hier untersuchten funktionellen Regelungskomplexes der Haftung für Abweichungen des tatsächlichen Zustands des verkauften Unternehmens von dem Soll-Zustand nach vorvertraglichen oder vertraglichen Erklärungen und bleiben daher hier außer Betracht. Hinzu kommt, dass sie in der Praxis des Unternehmenskaufs keine nennenswerte Rolle spielen.

ii) Schlechterfüllung: “defective performance”

Die Grenze zwischen der Nichterfüllung und Schlechterfüllung ist im englischen Recht fließend. Die Gerichte behalten es sich vor, schwerwiegende Abweichungen von der versprochenen Leistung als Nichterfüllung zu behandeln, während eine nur graduell unzureichende Qualität²⁵⁴ oder Verspätung der Leistung als Schlechterfüllung betrachtet wird.²⁵⁵ Für den haftungsbegründenden Tatbestand eines Schadensersatzanspruchs genügt jegliche dem Käufer nachteilige Abweichung von der vertraglich versprochenen Leistung. Unabhängig vom Schweregrad einer sol-

251. *Heshon* S. 79, 117, 129.

252. Dies erfolgt durch die Vereinbarung einer Bedingung, also einer “condition” im konditionellen Sinne.

253. Zu beachten ist, dass eine Rechtfertigung nicht zwingend sämtliche Rechtsfolgen der Vertragsverletzung ausschließt. Es kann vorkommen, dass die Rechtfertigung lediglich ein Recht zur Vertragsbeendigung ausschließt, einen Schadensersatzanspruch hingegen unberührt lässt; vgl. *H. R. and S. Sainsbury Ltd v Street* [1972] 3 All E.R. 1127; *Thornely* [1973] C.L.J. 15; *Goldberg* 88 L.Q.R. 1972, 464.

254. Quantitätsfragen spielen beim Unternehmenskauf üblicherweise keine Rolle.

255. *Leeds Shipping Co Ltd v Société Française Bunge* [1958] 2 Lloyd’s Rep. 127, 145 *per Sellers LJ*: “The learned Judge refers to the breach here as mis-performance of the contract in distinction to non-performance. Of course, a wrong performance of a contract is in a sense a non-performance of it, but it is not the same thing: it is something more and may have quite different and more far-reaching consequences. At least, it is something ... different in ordinary commercial language and practice.”

chen Abweichung macht jede Nichterfüllung zugleich eine Schlechterfüllung aus, die einen Schadensersatzanspruch auslöst. Allerdings hat der Grad der Schlechterfüllung auf Rechtsfolgenebene Auswirkungen auf den Umfang des zu ersetzenden Schadens.²⁵⁶

iii) Zerstören der Fähigkeit zum Erbringen der Leistung

Setzt sich der Verkäufer selbst außerstande, den Vertrag ordnungsgemäß zu erfüllen, so liegt auch darin eine Vertragsverletzung. Derartiges “incapacitating oneself” kann dadurch geschehen, dass es dem Verkäufer aufgrund eigenen Verhaltens subjektiv unmöglich wird, seine Pflicht zu erfüllen, beispielsweise indem er das Kaufobjekt nach Vertragsschluss wirksam an einen Dritten übereignet.²⁵⁷

2. Rechtsfolgen

Sämtliche vertraglichen Vereinbarungen begründen nach englischem Recht absolute Pflichten, deren Erfüllung der Versprechende garantiert.²⁵⁸ Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung einer Vertragsabrede besteht daher unabhängig davon, ob dem Versprechenden ein Schuldvorwurf gemacht werden kann.²⁵⁹ Besonders wichtig ist es folglich, im Wege der Auslegung den Inhalt der vertraglichen Pflichten präzise zu ermitteln. Jegliche Abweichung davon begründet eine Vertragsverletzung, die mit Schadensersatz (“damages for breach of contract”) sanktioniert wird.

Ein solcher vertraglicher Schadensersatzanspruch kann auch dann durchgesetzt werden, wenn der Erklärungsempfänger zugleich ein ihm zustehendes Recht auf Beendigung des Vertrages wegen “termination for breach of contract” ausübt.²⁶⁰ Anders verhält es sich mit “damages in lieu of rescission” gemäß Misrepresentation Act 1967, s 2(2), die nur bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Vertrages zugesprochen werden können.²⁶¹ Der Grund für diesen Unterschied ist darin zu sehen,

256. *Compania Naviera Maropan S/A v Bowaters Lloyd Pulp and Paper Mills Ltd (The “Stork”)* [1955] 2 Q.B. 68, 75 f., *per Devlin J*: “It is true that a term in a contract must either be fulfilled or broken, and that an unsuccessful attempt to fulfil it is as much a breach as is refraining from any attempt at all. Neither is perfection, and in determining whether or not there is a breach the degree of imperfection is irrelevant. But that is not to say that it is irrelevant in determining what are the damages for the breach.”

257. *Bowdell v Parsons* (1808) 10 East 359; *Lovelock v Franklyn* (1846) 8 Q.B. 371.

258. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 503.

259. *Treitel* S. 864; *Cheshire/Fifoot/Furmston* S. 607; *Zweigert/Kötz – Weir* S. 503.

260. *Johnson v Agnew* [1980] A.C. 367, 399.

dass “termination for breach of contract” auf einem Defekt bei der Erfüllung des Vertrages beruht und daher anders behandelt wird als “rescission for misrepresentation”, die auf einem Defekt beim Vertragsschluss basiert.²⁶² Während letztere den Vertrag *ab initio* beseitigt, beendet erstere den Vertrag lediglich *ex nunc*.

a) Ersatzfähiger Schaden

Der Erklärungsempfänger kann verlangen, so gestellt zu werden wie er stünde, wenn die falsche Tatsachenerklärung zutreffend gewesen wäre.²⁶³ Der Schaden ist demnach anhand der Differenz zwischen dem wirklichen Wert des Kaufobjekts dem hypothetischen Wert zu berechnen, den das Kaufobjekt hätte, wenn die falsche Tatsachenerklärung zutreffend gewesen wäre (“difference in value”).²⁶⁴ Alternativ kann der Betrag als Schadensersatz verlangt werden, der nötig wäre, um den von der falschen Tatsachenerklärung beschriebenen Zustand herbeizuführen (“cost of cure”).²⁶⁵ Die letztgenannte Art der Schadensberechnung steht dem Käufer zumindest dann offen, wenn die Herstellung des der Erklärung entsprechenden Zustandes mit angemessenem Aufwand möglich ist.²⁶⁶

b) Kausalzusammenhang: “remoteness of damage”

Ersatzansprüche auf vertraglicher Grundlage umfassen nur Schadenspositionen, deren Eintritt von den Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vernünftigerweise für möglich gehalten werden konnte.²⁶⁷ Damit ist der Umfang des ersatzfähigen Schadens im Rahmen vertraglicher Ansprüche stärker eingeschränkt als im Rahmen eines Anspruchs auf deliktischer Grundlage.²⁶⁸

261. Siehe dazu die Ausführungen auf Seite 96 ff.

262. *Treitel* S. 343, 349.

263. *Gran Gelato Ltd v Richcliff (Group) Ltd* [1992] Ch. 560, 575.

264. *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth Laddingford Enclosures Ltd* Times L.Rep. 7 January 1994, 1.

265. *Treitel* S.880.

266. Zwar ist keine Entscheidung ersichtlich, die dies ausdrücklich für den Fall eines Unternehmenskaufs bestätigt, doch ist das Prinzip bislang stets angewendet worden, ohne dass die Natur des Kaufobjekts einen Unterschied machen würde, vgl. *Charterhouse Credit Co Ltd v Tolly* [1963] 2 Q.B. 683, 711 f.; *Jacovides v Constantinos* The Times 27 October 1986 (Kauf eines Grundstücks); *Keeley v Guy McDonald* (1984) 134 New L.J. 522 (Kauf eines Autos).

267. *Doyle v Olby (Ironmongers) Ltd* [1969] 2 Q.B. 158, 167 *per Lord Denning M.R.*

268. *Cheshire/Fifoot/Furmston* S. 302. Vgl. oben Seite 87 zu Ansprüchen wegen “fraudulent misrepresentation” bzw. Seite 92 zu Ansprüchen wegen “negligent misrepresentation”.

c) **Vertraglich festgelegte Schadenshöhe: “liquidated damages clauses”**

Um von vornherein Klarheit darüber zu schaffen, in welchem Umfang für bestimmte hypothetische Vertragsverletzungen Ersatz zu leisten wäre, können die Parteien die zu erstattende Schadenshöhe vorab in “liquidated damages clauses” vertraglich vereinbaren. Auf diese Weise können Fragen vermieden werden, die hinsichtlich der nach “common law” ersatzfähigen Schadenspositionen oder der “remoteness of damage” im Einzelfall oft Schwierigkeiten bereiten.

Allerdings ist bei der Ausgestaltung derartiger Klauseln Vorsicht walten zu lassen, damit sie nicht den Charakter nach englischem Recht unzulässiger Vertragsstrafen (“penalty clauses”) aufweisen. Die bloße Bezeichnung als “liquidated damages clause” allein reicht dazu noch nicht aus.²⁶⁹ Vielmehr gilt es zu vermeiden, dass die Höhe der festgelegten Schadenssumme offensichtlich und wesentlich über den tatsächlich zu erwartenden Schaden hinausgeht: Dies entspräche dem Charakteristikum einer Vertragsstrafe, eine Partei durch Androhung einer Geldleistungspflicht vor einer Vertragsverletzung abzuschrecken.²⁷⁰ Die Klausel ist hingegen als “liquidated damages clause” wirksam, solange ihre Auslegung ergibt, dass ihr eine zur Zeit des Vertragsschlusses realistische Prognose des tatsächlichen Schadens zugrunde liegt.²⁷¹

d) **Verhältnis zum Recht auf “rescission for pre-contractual misrepresentation”**

Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass vorvertragliche falsche Tatsachenerklärungen vom Ergebnis her betrachtet ebenso zum Wegfall des Vertrages führen können wie die Verletzung vertraglicher Tatsachenvereinbarungen, wobei im Detail die Unterschiede zwischen “rescission” und “termination for breach” zu beachten sind. Misrepresentation Act 1967, s 1 stellt klar, dass ein auf vorvertraglich falschen Erklärungen beruhendes Recht zur Vertragsauflösung nicht dadurch beeinträchtigt wird, dass die relevanten Erklärungen später Eingang in den Vertrag finden. Mit

269. *Kemble v Farren* (1829) 6 Bing. 141.

270. “The essence of a penalty is a payment of money stipulated as *in terrorem* of the offending party; the essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of damage”, *Clydebank Engineering and Shipbuilding Co Ltd v Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda* [1905] A.C. 6; *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd* [1915] A.C. 79, 86.

271. *Lombank Ltd v Excell* [1963] 3 All E.R. 486. Leitlinien zur Auslegung finden sich in *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd* [1915] A.C. 79, 87 ff. Vgl. auch *Phillips Hong Kong v Attorney General of Hong Kong* (1993) 61 Build.L.R. 41. Eine ausführliche Analyse bieten *Kaplan* 50 Southern California L.Rev. 1976/77, 1055 und *Milner* 42 M.L.R. 1979, 508.

anderen Worten lässt ein Recht zur Vertragsbeendigung ein Recht zur Vertragsauflösung unberührt. Ferner ist geklärt, dass “termination for breach of contract” – im Unterschied zur “rescission for pre-contractual misrepresentation”²⁷² – mit einem Schadensersatzverlangen kombiniert werden kann.²⁷³

Jedoch fehlt eine Regelung darüber, ob der Erklärungsempfänger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Vertragsverletzung auch dann noch geltend machen kann, wenn er zuvor ein ihm zustehendes Recht auf Vertragsauflösung wegen vorvertraglicher falscher Tatsachenerklärung ausgeübt hat. In dieser Hinsicht gibt Misrepresentation Act 1967, s 1(a) keinerlei Hilfestellung.

Denkbar ist einerseits, dass eine Vertragsauflösung sämtliche vertraglichen Rechte und Pflichten einschließlich etwaiger Schadensersatzansprüche erlöschen lässt.

Andererseits wird im Schrifttum vertreten, dass das Gericht in Fällen voreilig außergerichtlich erklärter Vertragsauflösung den Erklärungsempfänger gemäß Misrepresentation Act 1967, s 2(2) vor den Nachteilen seiner Unbedachtsamkeit schützen kann, indem es die Vertragsauflösung ablehnt und den Vertrag aufrecht erhält. Dann wäre es möglich, über den begrenzten Schadensersatz gemäß Misrepresentation Act 1967, s 2(2) (“damages in lieu of rescission”) hinaus auch auf der Basis des fortbestehenden Vertrages Schadensersatz wegen Vertragsverletzung (“damages for breach”) zuzusprechen.²⁷⁴

Bis eine gerichtliche Entscheidung zu dieser Frage ergeht, ist das englische Recht in dieser Hinsicht als lückenhaft zu betrachten.

3. Einreden gegen den Schadensersatzanspruch wegen Vertragsverletzung

Die Schadensersatzhaftung wegen Vertragsverletzung kann durch einzelvertragliche Vereinbarungen *ex ante* ausgeschlossen oder begrenzt werden (“exclusion and limitation of liability clauses”).

272. Treitel S. 343, 356.

273. *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827, 851 *per Lord Wilberforce*; *Damon Compania Naviera v Hapag-Lloyd International SA (The “Blankenstein”)* [1985] 1 Lloyd’s Rep. 93; *Millar’s Machinery Co Ltd v David Way & Son* (1935) 40 Com.Cas. 204; ferner Treitel S. 791.

274. Treitel S. 348 f.

a) **Ausschluss und Begrenzung *ex ante***

Um wirksam zu sein, müssen haftungsausschließende oder -begrenzende Klauseln eine Reihe von Voraussetzungen erfüllen, die sich teils aus Spezialgesetzen, teils aus den richterrechtlichen Regeln des “common law” ergeben.

i) **Misrepresentation Act 1967, s 3**

Misrepresentation Act 1967, s 3²⁷⁵ schränkt die nach den Regeln des “common law” gegebene Möglichkeit ein, die deliktische Haftung für vorvertragliche falsche Tatsachenerklärungen auszuschließen. S 3 ist jedoch nicht auf die vertragliche Haftung wegen arglistig falscher Tatsachenerklärung anwendbar.²⁷⁶

ii) **Unfair Contract Terms Act 1977**

Die Wirksamkeit von haftungsausschließenden oder -begrenzenden Klauseln ist unter bestimmten Voraussetzungen an Unfair Contract Terms Act 1977, s 2(2) zu messen. Dies gilt auch für ähnliche Abreden, die derartigen Klauseln gesetzlich gleichgestellt werden.

S 2(2) findet nur insoweit Anwendung, als es darum geht, die Haftung für Sorgfaltswidrigkeit zu beschränken; Ausschlüsse und Begrenzungen etwaiger Haftung für Verletzung absoluter Vertragspflichten (“breaches of strict contractual duties”) sind davon nicht erfasst.

(1) **“asset deal”**

Für Mängel der im Rahmen eines Unternehmenskaufs in Form des “asset deal” veräußerten Vermögensgegenstände gilt die Regelung in Unfair Contract Terms Act 1977, s 2. Nach Absatz 2 dieser Vorschrift kann die deliktische Haftung für sorgfaltswidrig falsche Tatsachenerklärungen ausgeschlossen oder beschränkt werden, soweit dies einem Angemessenheitstest standhält. Für die Anforderungen, die im Rahmen dieses “requirement of reasonableness” erfüllt sein müssen, kann vollinhaltlich auf die Ausführungen auf Seite 117 ff. verwiesen werden.

Unter Umständen ließe es sich vertreten, die Vorschrift nicht nur auf die einzelnen zum Unternehmen gehörenden Güter, sondern auch auf das Unternehmen als solches anzuwenden. Dafür spräche, dass die Norm anders als die übrigen Paragraphen in Unfair Contract Terms Act 1977 nicht ausdrücklich an das Erfordernis eines Verbrauchervertrages oder Warenkaufs geknüpft ist. Zieht man jedoch die

275. In der durch Unfair Contract Terms Act 1977, s 8(1) geänderten Fassung.

276. *Shipskreditforeningen v Emperor Navigation* [1998] 1 Lloyd’s Rep. 66, 75.

Gesetzessystematik zur Auslegung heran, so erscheint dies wenig plausibel, da sich sämtliche übrigen Regelungen auf Einzelobjekte und nicht auf Sachgesamtheiten beziehen. Letztlich kann dies offen bleiben, da ein Unternehmenskauf kaum jemals die Frage der zivilrechtlichen Haftung für Tod oder Körperverletzung im Sinne von Unfair Contract Terms Act 1977, s 2(1) aufwerfen dürfte. Die praktisch relevanten Fälle der Haftungsbegrenzung für anderweitigen materiellen Schaden im Sinne von s 2(2) dieses Gesetzes sind nach der Verweisungsnorm in Misrepresentation Act 1967, s 3 ohnehin über Unfair Contract Terms Act 1977, s 11(1) zu lösen.²⁷⁷

Allerdings sind die Bestimmungen des Unfair Contract Terms Act 1977 gemäß s 1(3)(a) selbst bei “asset deals” nur dann anwendbar, wenn die Haftung für Handlungen im Rahmen des Geschäftsbetriebs (“business liability”) beschränkt oder ausgeschlossen werden soll. Das setzt voraus, dass diese Art des Kaufs bzw. Verkaufs von Unternehmen zum gewöhnlichen, regelmäßigen Geschäftsbetrieb einer der Parteien gehört.²⁷⁸ Die in s 2(1) postulierte Einschränkung, dass die Haftung für sorgfaltswidrige Verletzungen der körperlichen Integrität oder für Tötung eines Menschen nicht ausgeschlossen werden kann, hat für die Gewährleistung im Rahmen des Unternehmenskaufs keinerlei praktische Relevanz.

Der Unternehmensverkäufer hat die Tatsachen darzulegen²⁷⁹ und gemäß Unfair Contract Terms Act 1977, s 11(5) zu beweisen, aus denen sich die Angemessenheit einer ihm günstigen Haftungsregelung ergibt.

277. Zu den im Rahmen dieser Norm zu beachtenden Richtlinien vgl. Seite 117.

278. Zur Auslegung der Formulierung “in the course of business” vgl. *London Borough of Havering v Stevenson* [1970] 3 All E.R. 609; *R & B Customs Brokers Co Ltd v United Dominions Trust Ltd* [1988] 1 All E.R. 847; *Stevenson v Rogers* [1999] 1 All E.R. 613 betreffend den gleichlautenden Wortlaut des Sale of Goods Act 1979, s 14(2).

279. *Sheffield v Pickfords Ltd* Times L.Rep. 17 March 1997, 1.

(2) *“share deal”*

Auf Beteiligungskäufe sind Unfair Contract Terms Act 1977, ss 2–4 gemäß Schedule 1, paragraph 1(e) ausdrücklich nicht anwendbar, da die Übertragung von Geschäftsanteilen einen “transfer of securities” darstellt.²⁸⁰ Die indirekte Anwendbarkeit von Unfair Contract Terms Act 1977, s 11(1) über Misrepresentation Act 1967, s 3 bleibt davon unberührt.

(3) *Mit Haftungsausschluss und -begrenzung gleichgestellte Abreden*

Der demnach auf Unternehmenskäufe im Wege des “asset deal” beschränkte Anwendungsbereich des Unfair Contract Terms Act 1977 wird gemäß s 13(1) über typische Ausschluss- oder Begrenzungsklauseln hinaus auf bestimmte Vertragsabreden mit ähnlicher Wirkung erweitert.²⁸¹

S 13(1)(a) erfasst die Haftungsbegründung oder -durchsetzung erschwerende Bestimmungen. Das betrifft insbesondere Vereinbarungen, nach denen der Unternehmenskäufer seine Ansprüche gegen den Verkäufer innerhalb einer Ausschlussfrist geltend machen muss, die kürzer als die gesetzliche Verjährungsfrist ist.²⁸²

Gemäß s 13(1)(b) erstreckt sich der Anwendungsbereich ferner auf jede Erschwerung, die an ein Recht oder einen Rechtsbehelf (“right or remedy”) oder deren Ausübung geknüpft werden soll. Davon werden Klauseln erfasst, die eine Aufrechnung ausschließen sollen oder die Kosten etwaiger Rückabwicklung dem Käufer aufbürden.²⁸³

280. *Knight* S. 133; *Baker/Jillson – Fox* S. 137; *Evans* 6 I.C.C.L.R. 1995, 196. Schedule 1, paragraph 1(e) hat folgenden Wortlaut:

“Sections 2 to 4 of this Act do not extend to—

...

(e) any contract so far as it relates to the creation or transfer of securities or of any right or interest in securities.”

281. Der Wortlaut ist wie folgt gefasst: “13 Varieties of exemption clause

(1) To the extent that this Part of this Act prevents the exclusion or restriction of any liability it also prevents—

(a) making the liability or its enforcement subject to restrictive or onerous conditions;

(b) excluding or restricting any right or remedy in respect of the liability, or subjecting a person to any prejudice in consequence of his pursuing any such right or remedy;

(c) excluding or restricting rules of evidence or procedure;

and (to that extent) sections 2 and 5 to 7 also prevent excluding or restricting liability by reference to terms and notices which exclude or restrict the relevant obligation or duty.

(2) But an agreement in writing to submit present or future differences to arbitration is not to be treated under this Part of this Act as excluding or restricting any liability.”

282. *Chitty*, Bd. 1, 14-060.

Schließlich werden laut Unfair Contract Terms Act 1977, s 13(1)(c) Vereinbarungen erfasst, die beweisrechtliche oder prozessrechtliche Regeln einschränken oder ausschließen. Das zielt beispielsweise auf Klauseln ab, die fingieren sollen, dass die rügelose Annahme des Kaufobjekts als hinreichender Beweis der Übereinstimmung mit den vertraglichen Anforderungen dient.²⁸⁴

Hingegen sind Schiedsklauseln ausdrücklich gemäß s 13(2) aus dem Anwendungsbereich des Unfair Contract Terms Act 1977 ausgenommen.

Da Klauseln, die die Schadenshöhe vorab bestimmen ("agreed damages clauses"), unter Umständen auch haftungserweiternd statt –beschränkend wirken können, geht das Schrifttum davon aus, dass derartige Abreden nicht von diesem Gesetz erfasst werden.²⁸⁵

iii) Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen

Die englischen Gerichte haben ein detailliertes System von Voraussetzungen entwickelt, die an die Wirksamkeit von Vertragsklauseln mit haftungsausschließender oder -beschränkender Wirkung ("clauses excluding or limiting liability") zu stellen sind.

Zunächst ist erforderlich, dass die betreffende Klausel wesentlicher Bestandteil des Vertrages ist.²⁸⁶ Dieses Erfordernis ist im Kontext des Unternehmenskaufs praktisch ausnahmslos erfüllt: Klauseln betreffend die Beschränkung oder den Ausschluss der Verkäuferhaftung sind regelmäßig Bestandteil eines schriftlichen Kaufvertrages.²⁸⁷

283. *Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd* [1992] Q.B. 600; *Esso Petroleum Co Ltd v Milton* Times L.Rep. 13 February 1997, 1; *Surzur Overseas Ltd v Ocean Reliance Shipping Co Ltd* [1997] C.L.Y. 906; *Shipskreditforeningen v Emperor Navigation* [1998] 1 Lloyd's Rep. 66, 67.

284. Vgl. *Howard Marine & Dredging Co Ltd v A. Ogden & Sons (Excavations) Ltd* [1978] Q.B. 574.

285. *Chitty*, Bd. 1, 14-060; *Treitel* S. 227.

286. *White v Blackmore* [1972] 2 Q.B. 651, 666. Vgl. *Yates* S. 45 ff.

287. Ausführungen zur wirksamen Einbeziehung von Haftungsausschlussklauseln bzw. Haftungsbegrenzungsklauseln in den Vertrag erübrigen sich daher. Für weitere Hinweise hierzu vgl. *L'Estrange v F. Graucob Ltd* [1934] 2 K.B. 394.

(1) Auslegung contra proferentem

Sämtliche Ausschluss- und Beschränkungsklauseln sind streng zu Lasten desjenigen auszulegen, der sich auf sie beruft.²⁸⁸ Diese Auslegungsregel des englischen Rechts wird als “*contra proferentem rule*” bezeichnet.²⁸⁹ Ist eine Beschränkungs- oder Ausschlussklausel nicht eindeutig, werden nach dieser Regel sämtliche Zweifelsfragen in der für den potentiell Haftenden nachteiligsten Weise ausgelegt.²⁹⁰ Allerdings gilt dies für Haftungsbeschränkungsklauseln nicht mit der gleichen Rigorosität wie für Haftungsausschlussklauseln. Diese Unterscheidung beruht darauf, dass es nach dem Dafürhalten der Rechtsprechung unwahrscheinlich ist, dass eine Vertragspartei sich jeglichen Schutzes durch Haftungsvorschriften begeben will, während das Einverständnis mit einer bloßen Haftungsbeschränkung eher für wahrscheinlich gehalten wird.²⁹¹

Vor dem Hintergrund des *contra proferentem*-Grundsatzes müssen sämtliche denkbaren Haftungsgründe, die nach dem Willen der Vertragschließenden ausgeschlossen oder beschränkt werden sollen, separat spezifiziert werden.²⁹² Daher empfiehlt es sich, in der betreffenden Klausel ausdrücklich klarzustellen, dass sie sich auch auf die Haftung für vorvertragliche “misrepresentation” bezieht.

(2) Fundamentale Vertragsverletzung

Früher wurde vertreten, dass es nach materiellem Recht nicht möglich sei, die Haftung für besonders schwerwiegende Vertragsverletzungen (“fundamental breaches”) auszuschließen oder zu begrenzen.²⁹³ Gleiches galt für die Verletzung besonders grundlegender Vertragsabreden (“breaches of fundamental terms”). Solche “fundamental terms” betreffen nicht nur die Grundlage, sondern vielmehr den Kern des Vertrages (“the core of the contract”).²⁹⁴ Sie sind folglich tatbestandlich noch enger gefasst als “promissory conditions”²⁹⁵.

288. *Yates* S. 133 ff.

289. *United Dominions Trust Ltd v Beech, Savan, Tabner and Thompson* [1972] 1 Lloyd’s Rep. 546.

290. *Morris v C. W. Martin & Sons Ltd* [1966] 1 Q.B. 716; *Ackerman v Protius Services* [1988] 2 E.G.L.R. 259.

291. *Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd and Securicor (Scotland) Ltd (The “Strathallan”)* [1983] 1 All E.R. 101; *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd* [1983] 2 A.C. 803, 814; *Palmer* 45 M.L.R. 1982, 327.

292. Aus der umfangreichen Rechtsprechung vgl. nur *Wallis, Son & Wells v Pratt & Haynes* [1911] A.C. 394; *Andrews Brothers (Bournemouth) Ltd v Singer and Company Ltd* [1934] 1 K.B. 17; *Webster v Higgins* [1948] 2 All E.R. 127; *Harling v Eddy* [1951] 2 K.B. 739.

293. *Karsales (Harrow) Ltd v Wallis* [1956] 2 All E.R. 866; *Chitty*, Bd. 1, 25-040.

Die Rechtsprechung hat diese restriktive Sichtweise jedoch inzwischen aufgegeben.²⁹⁶ Nunmehr vermutet sie lediglich im Rahmen der Vertragsauslegung, dass es im Zweifel dem Willen der Parteien entspreche, haftungsausschließende oder – begrenzende Klauseln nicht auf derartig krasse Fälle der Vertragsverletzung auszu-dehnen.²⁹⁷ Versteht man die Doktrin von “fundamental breaches” und “fundamental terms” in dieser Weise, handelt es sich dabei dem Grunde nach um eine stringente Auslegung *contra proferentem*.

Diese Vermutung wird durch eine hinreichend klare Formulierung der Ausschluss- oder Begrenzungsklausel widerlegt. Teilweise wird im Schrifttum sogar angenommen, dass selbst diese Auslegungsregel keinen Bestand mehr hat.²⁹⁸ Solange dies aber nicht von der Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt wird, ist bei der Vertragsgestaltung größte Aufmerksamkeit darauf zu richten, dass sich Ausschluss- und Begrenzungsklauseln auch auf hinsichtlich ihrer Auswirkungen fundamentale Vertragsverletzungen ebenso wie auf Verletzungen fundamentaler Vertragsabreden beziehen, soweit dies gewünscht wird. Erforderlich ist, dass die Klausel äußerst klar und eindeutig zum Ausdruck bringt, dass sie sich auf derartige Fälle erstreckt.²⁹⁹ Auf diese Weise kann die Unsicherheit vermieden werden, die mit der gerichtlichen Einordnung einer wesentlichen Vertragsverletzung oder einer verletzten Vertragsabrede als fundamental einhergeht.³⁰⁰ Eine ausdrückliche Regelung empfiehlt sich ferner für die Behandlung vorsätzlicher Vertragsverletzungen³⁰¹.

Bei der Vertragsgestaltung ist zu beachten, dass die Auslegungsregel weder für Schiedsklauseln (“arbitration clauses”)³⁰² noch für Abreden gilt, die den ersatzfähigen Schaden der Höhe nach vorab festlegen (“fixed damages clauses”)³⁰³.

294. *Melville* 19 M.L.R. 1956, 26. Vgl. auch *Smeaton Hanscomb & Co Ltd v Saqsson I. Setty & Co (No 1)* [1953] 1 W.L.R. 1468, 1470 *per Devlin J*: “narrower than a condition of the contract”.

295. Eine detaillierte Erörterung der “promissory conditions” findet sich auf Seite 157.

296. *U.G.S. Finance Ltd v National Mortgage Bank of Greece and National Bank of Greece SA* [1964] 1 Lloyd’s Rep. 446, 450. Zur verbleibenden Relevanz der Doktrin vgl. *Yates* S. 253 ff.

297. *Suisse Atlantique Société d’Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A.C. 361; *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827; *Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd and Securicor (Scotland) Ltd (The “Strathallan”)* [1983] 1 All E.R. 101; *Lifesavers (Australasia) Ltd v Frigmobile Pty Ltd* (1983) 1 N.S.W.R. 431.

298. *Chitty*, Bd. 1, 14-024.

299. *Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd (The “Strathallan”)* [1983] 1 All E.R. 101, 105.

(3) *Haftungsausschluss für arglistig falsche Tatsachenerklärung*

Versuche, die Haftung für Arglist des Verkäufers selbst (“liability for fraudulent misrepresentation”) durch vertragliche Vereinbarung einzuschränken oder gar auszuschließen, verstoßen gegen den englischen *ordre public* und sind daher unangemessen.³⁰⁴ Etwas anderes gilt, wenn der Ausschluss respektive die Beschränkung sich eindeutig nur auf die Haftung für Arglist von Angestellten bezieht.³⁰⁵

Auch dann kann die Haftung für Arglist jedoch nicht durch allgemein gehaltene Klauseln eingeschränkt werden, die pauschal die Verantwortung für die Richtigkeit gegebener Informationen ausschließen; es bedarf einer konkreten, ausdrücklichen Regelung.³⁰⁶

300. Die Anzahl der veröffentlichten Entscheidungen, in denen die Ausschluss- bzw. Begrenzungsklauseln sich nach Ansicht des Gerichts auch auf fundamentale Verletzungen erstreckten, halten sich in etwa die Waage mit der Zahl der Urteile, in denen eine solche Erweiterung abgelehnt wurde. Eine weite Auslegung wurde bejaht in *Glebe Island Terminals Pty Ltd v Continental Seagram Pty Ltd (The “Antwerpen”)* [1994] 1 Lloyd’s Rep. 213; *Suisse Atlantique Société d’Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A.C. 361; *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827; *Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd (The “Strathallan”)* [1983] 1 All E.R. 101, 103; *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd* [1983] 2 A.C. 803. Demgegenüber wurde eine enge Auslegung bevorzugt in *Tor Line AB v Alltrans Group of Canada Ltd (The “T.F.L. Prosperity”)* 1 Lloyd’s Rep. 123; *Wibau Maschinenfabric Hartmann SA v Mackinnon Mackenzie & Co (The “Chanda”)* [1989] 2 Lloyd’s Rep. 494, 505; *Nelson Pine Industries Ltd v Seatrans New Zealand Ltd (The “Pembroke”)* [1995] 2 Lloyd’s Rep. 290; *Bovis Construction (Scotland) Ltd v Whatlings Construction Ltd* Times L.Rep. 19 October 1995, 1.

301. Vgl. *Suisse Atlantique Société d’Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A.C. 361, 435.

302. *Woolf v Collis Removal Service* [1948] 1 K.B. 11.

303. *Suisse Atlantique Société d’Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A.C. 361.

304. *S. Pearson & Son Ltd v Dublin Corporation* [1907] A.C. 351, 353, 362; *Shipskredittforeningen v Emperor Navigation* [1998] 1 Lloyd’s Rep. 66, 76 *per Mance J*: “As a matter of public policy, it is generally impermissible to exclude liability for personal fraud...”

305. *Shipskredittforeningen v Emperor Navigation* [1998] 1 Lloyd’s Rep. 66, 76 *per Mance J*: “The position differs in relation to fraud of employees, but even so such an exclusion would require clear wording.”

(4) *Angemessenheitsprüfung: “reasonableness test”*

Zweifelhaft ist die Gültigkeit der teilweise in der Rechtsprechung vertretenen Aussage, dass Ausschluss- und Begrenzungsklauseln dem Erfordernis der Angemessenheit genügen müssten³⁰⁷ Befürwortet wird diese Auffassung lediglich von *Lord Denning* in unverbindlichen Äußerungen außerhalb der tragenden Entscheidungsgründe (*obiter dicta*),³⁰⁸ während sie im übrigen abgelehnt wird.³⁰⁹ Von einem verbindlichen Angemessenheitserfordernis ist somit nur innerhalb des Anwendungsbereichs des Unfair Contract Terms Act 1977, s 2(2) auszugehen.³¹⁰

iv) **Wirkung von Ausschluss und Begrenzung des Vertragsbeendigungsrechts**

Der Umfang der haftungsausschließenden oder –begrenzenden Wirkung einer Klausel hängt von ihrer individuellen Formulierung ab. Es ist folglich möglich, Schadensersatzansprüche zu begrenzen oder auszuschließen, ohne dass ein etwaiges Recht zur Vertragsbeendigung (“termination for breach of contract”) davon berührt wird.³¹¹ Umgekehrt hat ein Ausschluss bzw. eine Begrenzung des Rechts zur Vertragsbeendigung *per se* keine Auswirkungen auf das Recht, Schadensersatz zu verlangen.³¹²

306. *S. Pearson & Son Ltd v Dublin Corporation* [1907] A.C. 351, 354 *per Lord Loreburn L.C.*: “I will not say that a man himself innocent may not under any circumstances, however peculiar, guard himself by apt and express clauses from liability for the fraud of his own agents.” Siehe auch *Walker v Boyle* [1982] 1 All E.R. 634.

307. *Watkins v Rymill* (1883) 10 Q.B.D. 178, 189; *Thompson v London, Midland & Scottish Railway Company* [1930] 1 K.B. 41, 56.

308. *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd* [1971] 2 Q.B. 163, 170; *Gillespie Bros & Co Ltd v Roy Bowles Transport Ltd* [1973] Q.B. 400, 416 *per Lord Denning*: “The courts should give effect to the clause according to that meaning - provided always (and this is new) that it is reasonable as between the parties and is applied reasonably in the circumstances of the particular case”, *Levison v Patent Steam Carpet Cleaning Co Ltd* [1978] Q.B. 69, 79, 81.

309. *Grand Trunk Railway Company of Canada v Robinson* [1915] A.C. 740, 747 *per Viscount Haldane*: “If the law authorizes it, such a contract [to exclude liability] cannot be pronounced to be unreasonable by a Court of justice.”

310. Siehe dazu die Erläuterungen ab Seite 136.

311. *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A.C. 361.

312. *Toomey v Eagle Star Insurance Co* [1995] 2 Lloyd's Rep. 88.

Verliert der Käufer durch Bestätigung des Vertrags (“affirmation”) das Recht auf Vertragsbeendigung im nachhinein, kann er grundsätzlich trotzdem Schadensersatzansprüche geltend machen.³¹³ Das Recht auf Schadensersatz unterliegt dann weiterhin den vertraglich vereinbarten Beschränkungen.³¹⁴ Beachtung verdient in diesem Zusammenhang der Umstand, dass der Käufer ihm unliebsame Beschränkungen des Schadensersatzanspruches nicht dadurch zu Fall bringen kann, dass er den Vertrag für beendet erklärt.³¹⁵ Der Grund dafür liegt darin, dass die Vertragsbeendigung nur *ex nunc* wirkt und vorher entstandene Schadensersatzansprüche daher den vertraglichen Beschränkungen unterliegen.³¹⁶

Einem *obiter dictum* lässt sich entnehmen, dass Ausschluss- und Begrenzungsklauseln so formuliert werden können, dass sie auch auf Schadenspositionen anzuwenden sind, die sich erst nach Beendigung des Vertrages realisieren.³¹⁷ Das impliziert, dass es möglich ist, Vereinbarungen zu treffen, die über die Geltungsdauer des restlichen Vertrages hinaus fortwirken.³¹⁸

b) Einzelfälle

Die soeben dargelegten Wirksamkeitsvoraussetzungen sind für verschiedene in einem Unternehmenskaufvertrag zu findende Klauseln relevant. Im folgenden werden die typischerweise anzutreffenden Abreden erörtert. Darüber hinaus sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen stets zu beachten, wenn die Parteien ihre vertraglichen Vereinbarungen exakt der konkreten Risikosituation anpassen.

313. *Aruna Mills Ltd v Dhanrajmal Gobindram* [1968] 1 Q.B. 655.

314. *Chandris v Isbrandtsen-Moller Co Inc* [1951] 1 K.B. 240.

315. *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827.

316. *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827, 844 f., 849 f.

317. *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827, 849.

318. Als über die Vertragsbeendigung hinaus anwendbar behandeln die Gerichte auch Schiedsabreden (vgl. *Heyman v Darwins Ltd* [1942] A.C. 356) und andere Klauseln, in denen die Art und Weise der Anspruchstellung geregelt wird (vgl. *Port Jackson Stevedoring Pty Ltd v Salmond and Spraggon (Australia) Pty Ltd (The “New York Star”)* [1980] 3 All E.R. 257, 264).

i) **Vertragliche Schwellenwerte: “*de minimis restrictions*”**

Häufig wird das Geltendmachen von Schadensersatzansprüchen in einzelvertraglichen Abreden davon abhängig gemacht, dass die Schadenssumme einen bestimmten Schwellenwert überschreitet. Derartige “*de minimis restrictions*”³¹⁹ sollen dem Umstand Rechnung tragen, dass ein so komplexes Kaufobjekt wie ein Unternehmen kaum jemals allumfassend den vertraglichen Anforderungen genügen kann. Geringfügige Abweichungen mit unwesentlichen finanziellen Nachteilen für den Käufer werden daher als tolerabel angesehen, damit eine zeit- und kostenaufwendige und oft wirtschaftlich unvernünftige Schadensabwicklung vermieden wird.

Die Ausgestaltung kann darin variieren, dass bei Überschreitung des Schwellenwerts entweder der gesamte Schadensumfang oder nur der über diesen Wert hinausgehende Betrag zu ersetzen ist.³²⁰

Orientiert sich der Schwellenwert an individuellen Vertragsverletzungen, könnte der Verkäufer selbst trotz einer Vielzahl von geringfügigen Verletzungen, von denen jede einzelne unterhalb des Schwellenwerts liegt, keinen Schadensersatzanspruch geltend machen. Um dies zu vermeiden, ist der Käufer stets bestrebt, zusätzlich einen weiteren, höheren Schwellenwert für den maximal tolerierten Betrag aller kumulierten Einzelschadensposten auszuhandeln (“aggregated claims threshold”). Wird dieser Betrag überschritten, kann der Käufer Ersatz verlangen, obwohl sämtliche individuellen Vertragsverletzungen separat betrachtet unterhalb des Einzelschwellenwerts liegen.

ii) **Vertragliche Höchstwerte: “maximum liability”**

Häufig sind Vereinbarungen über Haftungshöchstbeträge (“maximum liability”, auch “caps” genannt) anzutreffen, die die im ungünstigsten Fall zu befürchtende Haftung des Unternehmensverkäufers auf die Summe des Kaufpreises limitieren. Dadurch wird dem Käufer endgültig das Risiko aufgebürdet, dass ihm beispielsweise infolge sich als vergeblich erweisender Investitionen ein weitaus höherer Schaden entstehen kann.³²¹

319. *Beswick/Wine* S. 192.

320. Eine Musterklausel zitiert *Kessel RIW* 1997, 285, 291: “The Vendor shall have no liability for any claim made under this Agreement- (a) where the amount of any claim is less than [the de minimis amount]; and (b) unless the aggregate amount of all claims exceeds the sum of GBP [...] [and in such event the Vendor shall only be liable for the excess].”

321. *Beswick/Wine* S. 192.

c) **Mitverschulden: “contributory negligence”**

Anders als bei der Behandlung des Mitverschuldens bei deliktischen Ansprüchen stellt sich bei vertraglichen Ansprüchen das Problem, dass diese verschuldensunabhängig sind: Wegen der absoluten Natur vertraglicher Verpflichtungen begründet jede Abweichung der erbrachten Leistung vom vertraglich Geschuldeten einen Schadensersatz, ohne dass es auf das Verschulden des Leistenden ankäme. Ein „Mit-Verschulden“ im engen Sinne des Wortes ist folglich logisch nicht möglich, wenn dem Schädiger keine Verschuldensvorwurf gemacht werden kann. In Einklang mit dieser Argumentation setzt Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945, s 1(1) setzt voraus, dass dem Schädiger ein Verschulden (“fault”) vorzuwerfen ist. Daher stellt sich die Frage, inwieweit dieses Gesetz auf vertragliche Schadensersatzansprüche angewendet werden kann.

Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945, s 4 deutet darauf hin, dass sich das Gesetz ausschließlich auf Fälle bezieht, in denen dem Schädiger der Vorwurf deliktischer Sorgfaltswidrigkeit gemacht werden kann. Dort heißt es:

“... ‘fault’ means negligence, breach of statutory duty or other act or omission which gives rise to liability *in tort*³²² or would, apart from this Act, give rise to the defence of contributory negligence.”

Die Rechtsprechung befürwortet diese Auslegung.³²³ Für diese Sichtweise spricht, dass englische Gesetze ansonsten ausdrücklich darauf hinweisen, wenn sie sich auch auf vertragliche Ansprüche beziehen, wie dies zum Beispiel in Civil Liability (Contribution) Act 1978, s 6(1) der Fall ist.³²⁴

Trotzdem können die Regelungen des Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945 im Zusammenhang mit vertraglichen Schadensersatzansprüchen Bedeutung erlangen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist eine Anwendbarkeit jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Verletzung einer vertraglichen Sorgfaltspflicht durch den Unternehmensverkäufer zugleich eine deliktische Sorgfaltsverletzung beinhaltet, und der Käufer seine Klage auf eine deliktische Anspruchsgrundlage stützt.³²⁵

322. Hervorhebung des Verfassers.

323. *Forsikringsaktieselskapet Vesta v Butcher, Bain Dawes Ltd, Aquacultural Insurance Services Ltd* [1989] A.C. 852.

324. Vgl. *Société Commerciale de Réassurance v ERAS International Ltd* [1992] 1 Lloyd’s Rep. 570, 600 *per Mustill LJ*.

325. *Sayers v Harlow Urban District Council* [1958] 2 All E.R. 342; *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* [1994] 3 All E.R. 506, 532.

Seit der Entscheidung *Forsikringsaktieselskapet Vesta v Butcher, Bain Dawes Ltd, Aquacultural Insurance Services Ltd* gilt dies auch, wenn der Kläger sich auf eine vertragliche Anspruchsgrundlage beruft, solange er hypothetisch auch auf deliktischer Basis klagen könnte.³²⁶ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die Existenz eines Vertrages den Kläger nicht schlechter stellen sollte, es sei denn, die Deliktshaftung wurde darin wirksam ausgeschlossen.³²⁷

Hingegen scheidet die Anwendung des Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945 aus, wenn der Unternehmensverkäufer eine absolute Vertragspflicht verletzt hat (“breach of a strict contractual duty”), ohne dass ihm eine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen ist.³²⁸

d) Verjährung

Grundsätzlich verjähren vertragliche Ansprüche auf Schadensersatz gemäß Limitation Act 1980, s 5 sechs Jahre nach ihrem Entstehen. Für den Verjährungsbeginn ist auf den Zeitpunkt der Vertragsverletzung abzustellen.³²⁹ Wann genau die Verjährungsfrist beginnt, hängt im Einzelfall davon ab, in welchem Zeitpunkt das verkaufte Unternehmen die vertraglich festgelegten Anforderungen erfüllen muss. In diesem Zusammenhang gewinnt der Umstand Bedeutung, dass beim Unternehmenskauf Vertragsschluss (“signing of the agreement”) und Abwicklung (“completion” oder “closing”) häufig auseinanderfallen. Eine in der Praxis anzutreffende Standardklausel³³⁰ sieht vor, dass vertragliche Anforderungen grundsätzlich sowohl bei Vertragsschluss als auch zur Zeit des “closing” einzuhalten sind.

326. [1989] A.C. 852.

327. *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* [1994] 3 All E.R. 506, 533.

328. *Barclays Bank plc v Fairclough Building Ltd* [1995] 1 All E.R. 289.

329. *Burrows* S. 263.

330. Die Klausel ist wie folgt formuliert: “The representations and warranties must be correct on the date of this Agreement and on the Closing Date, provided, however, that (a) representations and warranties which are based on knowledge or awareness of the Seller or refer to Exhibits thereto must be correct only on the date of this Agreement unless otherwise provided for in the following subparagraph (b); and (b) representations and warranties made as of a specific date must be correct only on such date.”

Eine Frist von zwölf Jahren ab Entstehen des Anspruchs gilt gemäß Limitation Act 1980, s 8, wenn der Vertrag in Form der sogenannten “specialty” geschlossen wird. Der Begriff ist gleichbedeutend mit der Bezeichnung “deed under seal”³³¹, die daher rührt, dass diese besondere Form des Vertragsschlusses ursprünglich durch das Errichten einer Urkunde (“deed”) geschah, auf der das Siegel (“seal”) des Versprechenden angebracht wurde. Das Erfordernis eines Siegels ist durch Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989, s 1 für hinfällig erklärt worden; die Bezeichnung “deed under seal” ist jedoch erhalten geblieben.

Einzelpersonen können einen Vertrag heute gemäß Law of Property Act 1989, ss 2 f. als “deed under seal” schließen, indem sie ihn schriftlich ausfertigen, ausdrücklich als “deed” bezeichnen, und in Anwesenheit eines Zeugen unterzeichnen, der die Echtheit der Unterschrift attestiert. Schließlich muss der Vertragschließende seine Absicht bekräftigen, an den Inhalt des Dokuments gebunden zu sein.³³² Diese als “delivery” bezeichnete Kundgabe des vertraglichen Bindungswillens geschieht typischerweise durch Übergabe des Dokuments an den Vertragspartner oder dessen Treuhänder. Es ist aber ebenso möglich, das Dokument nicht aus der Hand zu geben und die “delivery” anderweitig konkludent zu erklären.³³³

Nach den verschiedenen Companies Acts inkorporierte Gesellschaften können “deeds under seal” auch ohne das Erfordernis der “delivery” wirksam errichten. Im übrigen müssen solche Gesellschaften die Anforderungen des Law of Property Act 1925, s 74(1) erfüllen. Die Formstrenge wird in doppelter Hinsicht gemildert: Zum einen gilt ein von einem Geschäftsführer (“director”) und dem mit der Administration der Gesellschaft betrauten “company secretary” unterzeichnetes Dokument als wirksame “deed under seal”. An Stelle des “company secretary” kann auch ein zweiter Geschäftsführer mitwirken. Zum anderen gilt die Voraussetzung der “delivery” schon als erfüllt, wenn sich aus dem Dokument eindeutig ergibt, dass es eine “deed” beinhalten soll.³³⁴

Häufig kommt es beim Unternehmenskauf vor, dass die Wirksamkeit des Vertrages an Bedingungen wie beispielsweise die Genehmigung von Kartellbehörden oder Aufsichtsräten geknüpft ist. In diesem Fall bezeichnet man das förmliche Vertragsdokument als verwahrte Urkunde (“deed in escrow”).³³⁵ Die besondere Förmlich-

331. *Harris* S. 392 Fn. 1.

332. *Xenos v Wickham* (1866) L.R. H.L. 296.

333. *Doe v Knight* (1826) 5 B.&C. 671.

334. Vgl. den durch Companies Act 1986 ergänzten Companies Act 1985, s 36A(5) f.

keit des Dokuments bringt es mit sich, dass die in ihm niedergelegten Vertragsversprechen nicht widerrufen werden können, solange die stipulierten Bedingungen eintreten können.³³⁶ Dieser Schwebezustand endet mit dem für den Bedingungseintritt ausdrücklich vereinbarten Zeitraum.³³⁷ In Ermangelung einer expliziten Vereinbarung kann eine ergänzende Vertragsauslegung ergeben, dass das Vertragsversprechen widerrufen werden kann, wenn die Bedingung nach Verstreichen eines objektiv angemessenen Zeitraums nicht eingetreten ist.³³⁸ Die Bindungswirkung einer “deed under seal” kann durch ausdrückliche Vereinbarung auch gänzlich ausgeschlossen werden.³³⁹

Gewöhnlich vereinbaren die Parteien jedoch eine kürzere Verjährungsfrist von zwei bis drei Jahren.³⁴⁰ Der Käufer besteht in der Regel auf einer Verjährungsfrist, die es ihm erlaubt, zumindest ein oder zwei Jahresabschlussprüfungen nach Erwerb des Unternehmens durchführen zu können.³⁴¹ Solche Verjährungsregelungen werden von der Rechtsprechung anerkannt, ohne dass sie einer Angemessenheitsprüfung unterzogen (“test of reasonableness”) würden.³⁴²

II. Vertragsbeendigung: “termination of contract” bzw. “rescission for breach”

Unter besonderen Voraussetzungen kann der Unternehmenskäufer wegen einer vom Verkäufer zu verantwortenden Vertragsverletzung über einen Schadensersatzanspruch hinaus auch ein Recht geltend machen, den Vertrag für beendet zu erklären.

335. Die Bezeichnung rührt daher, dass ein solches Dokument üblicherweise von einem neutralen Dritten für die Vertragsparteien verwahrt wird, bis die Bedingung eintritt.

336. *Alan Estates Ltd v W. G. Stores Ltd* [1982] Ch. 511, 520 f., 527.

337. *Glessing v Green* [1975] 2 All E.R. 696.

338. *Alan Estates Ltd v W. G. Stores Ltd* [1982] Ch. 511, 520.

339. *Windsor Refrigerator Co Ltd v Branch Nominees Ltd* [1961] Ch. 88, 102.

340. *Fagan/McKendrick 1/2 P.L.C.* 1995, 15, 17.

341. *Kessel RIW* 1997, 285, 290.

342. *Fagan/McKendrick 1/2 P.L.C.* 1995, 15, 17.

1. Begriff

“Termination for breach of contract” beschreibt die Vertragsbeendigung wegen Vertragsverletzung mit Wirkung für die Zukunft. Irreführend ist es, wenn dies teilweise auch mit dem Terminus “rescission” belegt wird. Wie schon erläutert³⁴³ beschreibt der Begriff “rescission” primär die Vertragsauflösung mit Wirkung *ex tunc*. Die Vertragsbeendigung mit Wirkung *ex nunc* wird daher im Interesse eindeutiger Begrifflichkeit im folgenden ausschließlich “termination” bzw. “termination of contract” genannt. Eine klare Differenzierung ist unerlässlich, weil “rescission” nicht mit einem Schadensersatzverlangen kombiniert werden kann,³⁴⁴ während “termination of contract” durchaus mit einem Schadensersatzanspruch einhergehen kann.³⁴⁵

2. Tatbestandsvoraussetzungen

Drei Fallgestaltungen sind denkbar, in denen dem Käufer eines Unternehmens aufgrund einer Vertragsverletzung durch den Verkäufer ein Recht zur Vertragsbeendigung erwachsen kann:

Eine Vertragsverletzung kann in krassen Fällen so wesentlich sein, dass sie als Nichterfüllung des Vertrages im ganzen (“failure to perform”) zu behandeln ist.³⁴⁶

In anderen Fällen sieht der Vertrag ausdrücklich vor, unter welchen Umständen der Käufer ein Recht haben soll, den Vertrag zu beenden.³⁴⁷

In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle werden lediglich einzelne Vertragsabreden nicht eingehalten. Ob ein solcher “breach of contract” ein Recht zur “termination” nach sich zieht, hängt davon ab, welcher Natur die verletzte vertragliche Vereinbarung ist.³⁴⁸

343. Zu Einzelheiten siehe oben ab Seite 104.

344. In einem Schadensersatzverlangen läge eine (zumindest teilweise) Anerkennung des Vertrages (“affirmation”), die ein eventuelles Recht auf Vertragsauflösung erlöschen lässt; vgl. *Treitel* S. 356. Zu Einzelheiten siehe Seite 109.

345. *Damon Compania Naviera v Hapag-Lloyd International SA (The “Blankenstein”)* [1985] 1 Lloyd’s Rep. 93; *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827, 851; *Millar’s Machinery Co Ltd v David Way & Son* (1935) 40 Com.Cas. 204; ferner *Treitel* S. 791.

346. Siehe sogleich unter a).

347. Siehe im Anschluss daran unter b).

348. Siehe dazu unten c).

a) **Substantielle Vertragsverletzung: “failure to perform”**

Im allgemeinen rechtfertigt eine Vertragsverletzung nach englischem Recht nur dann eine Vertragsbeendigung, wenn sie substantiell (“substantial”) ist.

Verschiedene Indizien werden verwendet, um die Schwere der Vertragsverletzung zu bewerten: Ein Vertragsbruch wird als hinreichend gewichtig angesehen, um eine Beendigung zu rechtfertigen, wenn Schadensersatz allein die von der anderen Partei erlittenen Nachteile nicht in angemessener Weise kompensieren würde.³⁴⁹ Gleiches gilt, wenn die Verletzung des Vertrages die Grundlage des Vertrages erschüttert (“goes to the root of the contract”).³⁵⁰ Ferner kann ausschlaggebend sein, dass die Verletzung die andere Partei um den aus dem Vertrag zu ziehenden Nutzen bringt.³⁵¹

Stets ist damit zu rechnen, dass der Wert des verkauften Unternehmens aufgrund von Marktveränderungen in einer Weise sinkt, die ein Festhalten am Erwerb für den Käufer als unvorteilhaft erscheinen lässt. Kann er dem Verkäufer in einer solchen Situation eine Vertragsverletzung nachweisen, liegt es nahe, dass der Käufer versuchen wird, den Vertrag deswegen für beendet zu erklären. Derartigen Versuchen des Käufers, sich unter Missbrauch des Rechts zur “termination” von einem schlechten Handel zu lösen, schieben die Gerichte einen Riegel vor, indem sie es in Anbetracht der äußeren Umstände ablehnen, die Vertragsverletzung als hinreichend substantiell anzuerkennen. In der Entscheidung *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* beispielsweise wurde es dem Charterer verwehrt, sich von einem Chartervertrag zu lösen, dessen Konditionen infolge eines drasti-

349. *Vigers v Cook* [1919] 2 K.B. 475; *Decro-Wall International SA v Practitioners in Marketing Ltd* [1971] 2 All E.R. 216, 221 *per Salmon LJ*: “How is the legal consequence of a breach to be ascertained? Primarily from the terms of the contract itself. The contract may state expressly or by necessary implication that the breach of one of its terms will go to the root of the contract and accordingly amount to repudiation. Where it does not do so, the courts must look at the practical results of the breach in order to decide whether or not it does go to the root of the contract: see *Mersey Steel & Iron Co Ltd v Naylor, Benzon & Co* 9 App.Cas. 434, *per Lord Blackburn* at pp. 443, 444; *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 Q.B. 26, *per Diplock LJ* at pp. 69-71; *Maredelanto Compania Naviera SA v Bergbau-Handel GmbH (The “Mihalis Angelos”)* [1971] 1 Q.B. 164, *per Lord Denning M.R.* at p. 193. The same test may be and indeed often has been stated in different language, namely: is the term which has been breached of the essence of the contract?”

350. *United Dominions Trust (Commercial) Ltd v Eagle Aircraft Services Ltd* [1968] 1 All E.R. 104, 107 *per Lord Denning M.R.*: “So he applied the usual tests to see whether a term of the contract was a “condition” or a “warranty” or the more familiar test nowadays (and I think the better test) whether the breach went to the root of the contract so as to discharge the other party.”

schen Verfalls der marktüblichen Charterpreise äußerst unvorteilhaft geworden waren.³⁵² Hier lag es nahe, dass das Recht auf “termination” missbraucht werden sollte, da die vom Schiffseigner begangene Vertragsverletzung als solche keinerlei Schäden beim Charterer verursachte.

Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass der Käufer anderenfalls mittels einer Vertragsbeendigung das generelle wirtschaftliche Risiko der anderen Partei aufbürden könnte und dadurch das Recht zur “termination” als eine Art „Reurecht” missbrauchen könnte.³⁵³ In der Entscheidung *Cehave NV v Bremer Handelsgesellschaft mbH (The “Hansa Nord”)* erläutert *Lord Roskill* das damit verfolgte rechtspolitische Anliegen der Rechtsprechung:

“Contracts are made to be performed and not to be avoided according to the whims of market fluctuation.”³⁵⁴

Wenn hingegen nicht zu befürchten ist, dass der Käufer durch die Vertragsbeendigung lediglich eine für ihn nachteilige Veränderung der wirtschaftlichen Umstände auf den Verkäufer überwälzen will, steht einer Ausübung des Rechts auf “termination of contract” nichts entgegen.³⁵⁵

351. *Decro-Wall International SA v Practitioners in Marketing Ltd* [1971] 2 All E.R. 216, 232 *per Buckley LJ*: “To constitute repudiation, the threatened breach must be such as to deprive the injured party of a substantial part of the benefit to which he is entitled under the contract. The measure of the necessary degree of substantiality has been expressed in a variety of ways in the cases. It has been said that the breach must be of an essential term, or of a fundamental term of the contract, or that it must go to the root of the contract. Various tests have been suggested: see for instance *Freeth v Burr* (1873) L.R. 9 C.P. 208, 213, 214, *per Lord Coleridge C.J.* and *per Keating J*; *Mersey Steel & Iron Co Ltd v Naylor, Benzon & Co* 9 App.Cas. 434, 439, 443, *per Lord Selborne L.C.* and *per Lord Blackburn*; *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 Q.B. 26, 66, *per Diplock LJ*. I venture to put the test in my own words as follows: Will the consequences of the breach be such that it would be unfair to the injured party to hold him to the contract and leave him to his remedy in damages as and when a breach or breaches may occur? If this would be so, then a repudiation has taken place.”

352. [1962] 2 Q.B. 26.

353. *Dakin v Oxley* (1864) 15 C.B. (N.S.) 647, 667 f: “It would be unjust and almost absurd that ... the risk of a mercantile adventure should be thrown upon the shipowner by the mere accident of the value of the cargo ... being worth little more than the freight.”

354. [1976] Q.B. 44, 71.

355. Vgl. *Federal Commerce & Navigation Co Ltd v Molena Alpha Inc* [1979] A.C. 757.

Das Kriterium der substantiellen Vertragsverletzung bietet den Gerichten erheblichen Spielraum, eine Vertragsbeendigung nur dort zuzulassen, wo sie sachgerecht ist. Allerdings geht damit der beträchtliche Nachteil einher, dass die Vertragsparteien praktisch außerstande sind, die Entscheidung des Gerichts im Einzelfall vorherzusagen. Dies gilt um so mehr, als eine solche Entscheidung stark von den tatsächlichen Umständen der Vertragsverletzung abhängt und somit erst nach Eintritt der jeweiligen Verletzung überhaupt abschließend bewertet werden kann.

b) Ausdrückliche Beendigungsklausel: “express provision for determination”

Um der mit der Anwendung des vagen Kriteriums der “substantiality” verbundenen Unsicherheit vorzubeugen, haben die Vertragsparteien die Möglichkeit, ausdrückliche Beendigungsklauseln zu vereinbaren.³⁵⁶

Auf diese Weise kann das Bedürfnis nach Vorhersehbarkeit in deutlich größerem Maße erfüllt werden, da Beendigungsklauseln strikt ihrem Wortlaut nach ausgelegt werden. Dieser Auslegungsgrundsatz soll nach der ausdrücklich bekundeten Absicht der Gerichte der überragenden Bedeutung der Rechtssicherheit Rechnung tragen.³⁵⁷ Um die Strenge derartiger Klauseln abzumildern, kann die Ausübung des Rechts zur Vertragsbeendigung von der Benachrichtigung des Verkäufers und dem Ablauf einer Frist zur Abhilfe abhängig gemacht werden.³⁵⁸ Ferner ist die Ausübung eines vertraglich definierten Beendigungsrechts daran gebunden, dass die in ihr festgelegten Voraussetzungen exakt wortlautgetreu eingehalten werden, selbst wenn dies angesichts der Umstände des Einzelfalls als formalistisch erscheint. Wenn das Entstehen eines Beendigungsrechts beispielsweise vom Vorliegen bestimmter Tatsachen zu einem genauen Datum abhängt, kann der Vertrag nicht vor diesem Datum für beendet erklärt werden, selbst wenn schon vorher eindeutig feststeht, dass diese Tatsachen zu dem definierten Zeitpunkt vorliegen werden.³⁵⁹ Außerdem muss ein auf einer Beendigungsklausel beruhendes Recht unverzüglich nach seinem Entstehen (“within a reasonable time after default”) ausgeübt werden.³⁶⁰

356. *Chitty*, Bd. 1, 23-046; *Treitel* S. 721.

357. *Mardorf Peach & Co Ltd v Attica Sea Carriers Corporation of Liberia (The “Laconia”)* [1977] A.C. 850, 878; *Tradax SA v Dorada Compania Naviera SA (The “Lutetian”)* [1982] 2 Lloyd’s Rep. 140, 159.

358. Vgl. *Oceanic Freighters Corporation v M.V. Libyaville Reederei und Schiffahrts GmbH (The “Libyaville”)* [1975] 1 Lloyd’s Rep. 537; *Federal Commerce & Navigation Co Ltd v Molena Alpha Inc* [1979] A.C. 757.

359. Vgl. *Maredelanto Compania Naviera SA v Bergbau-Handel GmbH (The “Mihalis Angelos”)* [1971] 1 Q.B. 164.

In Ausnahmefällen gewähren die Gerichte auf der Grundlage des sogenannten Billigkeitsrechts (“equity”) dem Vertragsbrüchigen eine zusätzliche Frist zur Abhilfe, bevor der anderen Vertragspartei die Ausübung des Rechts zur Vertragsbeendigung gestattet wird (“relief against forfeiture”).³⁶¹ Von dieser Möglichkeit wird allerdings vor allem dann Gebrauch gemacht, wenn ungleiche Verhandlungsstärke der Vertragsparteien eine ungewöhnlich harte Beendigungsklausel hervorgebracht hat, die auch wegen geringfügigster Vertragsverletzung ein Beendigungsrecht vorsieht.³⁶² Damit ist beim Unternehmenskauf unter normalen Umständen nicht zu rechnen, da typischerweise keine der Parteien über eine derart dominante Verhandlungsposition verfügt. Die Gewährung von “relief against forfeiture” setzt ferner voraus, dass die Vertragsbeendigung für den Vertragsbrüchigen den Verlust eigentumsähnlicher oder possessorischer Rechte (“proprietary or possessory rights”) zur Folge hat; rein obligatorische Rechte werden folglich nicht geschützt.³⁶³ Hervorzuheben ist schließlich, dass die Gerichte “relief against forfeiture” strikt auf Extremfälle beschränken, um nicht die Rechtssicherheit im kaufmännischen Verkehr zu untergraben. Das wird veranschaulicht durch die Entscheidung *Union Eagle Ltd v Golden Achievement Ltd* in der “relief” verweigert wurde, obwohl die Kaufpreiszahlung nur um zehn Minuten nach dem in einer Fixklausel (“time is of the essence”) enthaltenen Zeitpunkt erfolgte.³⁶⁴ Dass der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit im allgemeinen der Vorrang einzuräumen ist, erläutert Lord Hoffmann in der genannten Entscheidung wie folgt:

“... in many forms of transaction it is of great importance that if something happens for which the contract has made express provision, the parties should know with certainty that the terms of the contract will be enforced. The existence of an undefined discretion to refuse to enforce the contract on the ground that this would be ‘unconscionable’ is sufficient to create uncertainty. Even if it is most unlikely that a dis-

360. *Mardorf Peach & Co Ltd v Attica Sea Carriers Corporation of Liberia (The “Laconia”)* [1977] A.C. 850, 872; *Gatoil Anstalt v Omennial Ltd (The “Balder London”)* [1980] 2 Lloyd’s Rep. 489, 492 f.

361. *Nutting v Baldwin* [1995] 2 All E.R. 321, 327.

362. *Scala House & District Property Co Ltd v Forbes* [1974] Q.B. 575.

363. *Scandinavian Trading Tanker Co AB v Flota Petrolera Ecuatoriana (The “Scaptrade”)* [1983] 2 A.C. 694.

364. [1997] 2 All E.R. 215.

cretion to grant relief will be exercised, its mere existence enables litigation to be employed as a negotiating tactic. The realities of commercial life are that this may cause injustice which cannot be fully compensated by the ultimate decision in the case.”³⁶⁵

c) Verletzung substantieller Vertragsabreden

Für den Unternehmenskauf von zentraler Bedeutung sind bestimmte Arten von Vertragsabreden, deren Nichteinhaltung *prima facie* unabhängig von dem Erfordernis substantieller Vertragsverletzung zu einer Beendigung des Vertrages berechtigt.

Teilweise werden derartige Vertragsverletzungen als Ausnahmen zum Substantialitätserfordernis eingeordnet, die nach besonderen Grundsätzen zu beurteilen sind.³⁶⁶ Bei näherer Betrachtung wird jedoch deutlich, dass es sich um typisierte Fallgruppen substantieller Vertragsverletzungen handelt: Ihre Nichteinhaltung wird *per se* als substantiell angesehen, ohne dass es darauf ankommt, ob die Grundlage des Vertrages im konkreten Einzelfall tatsächlich substantiell erschüttert ist.³⁶⁷

Die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine bestimmte Abrede abstrakt als so substantiell für den Vertrag angesehen wird, dass ihre Nichteinhaltung ein Recht zur Vertragsbeendigung auslöst, entsprechen im wesentlichen den Kriterien, anhand derer die Substantialität einer konkreten Vertragsverletzung gemessen

365. *Union Eagle Ltd v Golden Achievement Ltd* [1997] 2 All E.R. 215, 218.

366. *Treitel* S. 714, 721, 731.

367. *Lombard North Central plc v Butterworth* [1987] Q.B. 527, 535: “Certain categories of obligation, often called [promissory] conditions, have the property that any breach of them is treated as going to the root of the contract. Upon the occurrence of any breach of condition, the injured party can elect to terminate and claim damages, whatever the gravity of the breach.”

wird:³⁶⁸ In die Bewertung ist einzubeziehen, ob die Abrede für den Vertrag grundlegend ist,³⁶⁹ ob sie die Substanz des Vertrages betrifft,³⁷⁰ ob vereinbarte Anforderungen an das Kaufobjekt dessen Identität prägen,³⁷¹ und ob der Käufer ohne die betreffende Vereinbarung den Vertrag nicht abgeschlossen hätte.³⁷²

Im Vorgriff auf die Erläuterung der Tatbestandsmerkmale ist auf ein aus Sicht eines kontinentaleuropäischen Juristen ungewöhnliches Phänomen hinzuweisen: Im englischen Vertragsrecht sind haftungsbegründende Tatbestände und die von ihnen ausgelösten Rechtsfolgen mitunter untrennbar ineinander verzahnt.³⁷³ In englischen juristischen Fachtexten ist generell die Rede davon, dass die Verletzung bestimmter Vertragsabreden (“conditions” und bestimmter Unterfälle der “innominate terms” bzw. “intermediate terms”) ein Recht zur Beendigung des Vertrages begründet. Dieser Ansatz legt die Vermutung nahe, dass durch die einfache Identifizierung der Art der verletzten Vertragsabrede genau zu bestimmen ist, wann ein Recht zur Vertragsbeendigung existiert. Bei genauer Betrachtung der Definition der einzelnen Typen von Vertragsabreden erweist sich jedoch, dass die Einordnung der Vertragsvereinbarung gerade davon abhängt, ob sie eine bestimmte Rechtsfolge auslöst. Anders als beispielsweise nach deutschem Verständnis der Normenlehre³⁷⁴ handelt es sich also nicht um einen theoretisch in eine Richtung verlaufenden Denkprozess einer kausalen Folge, die dem logischen Muster folgt: „wenn der Tatbestand T in einem konkreten Sachverhalt S verwirklicht ist, dann gilt für S die Rechtsfolge R“. Vielmehr wird der Tatbestand rekursiv mit Blick auf die mögliche

368. Vgl. dazu oben Seite 151.

369. Üblicherweise wird dies wie folgt umschrieben: “The breach must go to the root of the contract”, vgl. *MacAndrew v Chapple* (1866) L.R. 1 C.P. 643, 648; *Poussard v Spiers and Pond* (1876) 1 Q.B.D. 410, 414; *Honck v Muller* (1881) 7 Q.B.D. 92, 100; *Mersey Steel and Iron Co (Ltd) v Naylor, Benzon & Co* (1884) 9 App.Cas. 434, 443; *Guy-Pell v Foster* [1930] 2 Ch. 169, 187; *Heyman v Darwins Ltd* [1942] A.C. 356, 397; *Suisse Atlantique Société d’Armement Maritime SA v N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A.C. 361, 362, 391 *per Viscount Dilhorne*, 431 *per Lord Wilberforce*, 423 *per Lord Upjohn*; *Decro-Wall International SA v Practitioners in Marketing Ltd* [1971] 2 All E.R. 216, 232 f.; *Cehave N.V. v Bremer Handelsgesellschaft mbH (The “Hansa Nord”)* [1976] Q.B. 44, 60, 73; *Federal Commerce & Navigation Co Ltd v Molena Alpha Inc* [1979] A.C. 757, 779.

370. *Wallis, Son and Wells v Pratt and Haynes* [1910] 2 K.B. 1003, 1012.

371. *Couchman v Hill* [1947] K.B. 554, 559.

372. *Bannerman v White* (1861) 10 C.B. (N.S.) 844.

373. Vgl. *Cheshire/Fifoot/Furmston* S. 606: “It should be noted, however, that in the law of contract, unlike some other branches of the law, rights and remedies are inextricably intertwined.”

374. *Larenz Methodenlehre* S. 255.

Rechtsfolge definiert, so dass das logische Denkmodell lautet: „wenn die Rechtsfolge R für den Sachverhalt S angemessen erscheint, dann erfüllt S den Tatbestand T und zieht R nach sich“. Diese Eigenart des englischen Rechts wird im folgenden als „offener Tatbestand“ bezeichnet, da die als Tatbestand formulierten Voraussetzungen vorrangig auf der erwünschten Rechtsfolge basieren.

i) **Wesentliche Vertragsabreden: “promissory conditions”**

Eine “promissory condition” ist ein Versprechen, das für den Inhalt des Vertrages so wesentlich ist, dass seine Nichteinhaltung der anderen Partei die Möglichkeit eröffnet, Schadensersatz zu verlangen und zugleich den Vertrag zu beenden.³⁷⁵

Diese Definition mutet insofern kurios an, als sie den Tatbestand von der an ihn geknüpften Rechtsfolge abhängig macht. Dieser definitorische Zirkelschluss verdeutlicht, dass es keine absolut gültige Beschreibung gibt; sie ist immer in Relation zum Willen der Parteien oder mangels Erklärung hierüber in Relation zu der Bedeutung der Klausel für den Vertrag als Ganzes zu sehen. Die “promissory conditions” illustrieren insofern die oben erwähnten offenen Tatbestände des englischen Rechts.

Der Inhalt von “promissory conditions” ist maßgebliches Kriterium dafür, das tatsächlich Geleistete darauf zu überprüfen, ob es von dem vertraglich Geschuldeten abweicht.

(1) Begriff

In begrifflicher Hinsicht ist eine “promissory condition” im Sinne einer wesentlichen Vertragsabrede zunächst strikt von “conditions precedent” und “conditions subsequent” zu trennen. Bei ersteren handelt es sich um aufschiebende Bedingungen³⁷⁶ für die Wirksamkeit des Vertrages insgesamt³⁷⁷ oder einzelner Vertragspflichten³⁷⁸. Letztere beschreiben auflösende Bedingungen.³⁷⁹ Als Oberbegriff für beide Formen der Bedingung wird auch die Bezeichnung “contingent conditions”

375. *Treitel*S. 731.

376. *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co* [1893] 1 Q.B. 256.

377. *Pym v Campbell* (1856) 6 E. & B. 370.

378. *Marten v Whale* [1917] 2 K.B. 480.

379. *Head v Tattersall* (1871) L.R. 7 Exch. 7; *Thompson v ASDA-MFI Group plc* [1988] Ch. 241.

verwendet.³⁸⁰ Neben äußeren, vom Willen der Parteien unabhängigen Ereignissen können auch Vertragspflichten als “conditions precedent” ausgestaltet werden. Dies entspricht im praktischen Ergebnis der Vereinbarung einer Vorleistungspflicht einer der Parteien.

Eine weitere Unterscheidung ist im Verhältnis zur “concurrent condition” zu treffen. Dieser Terminus wird gebraucht, um klarzustellen, dass eine Vertragspflicht im Verhältnis zu ihrer Gegenleistung nicht nur in einem direkten Synallagma steht, sondern darüber hinaus Zug um Zug zu erbringen ist.³⁸¹ Ferner gibt das englische Recht den Vertragsparteien die Freiheit, vertragliche Pflichten gänzlich voneinander unabhängig als “independent promises” auszugestalten, die mitunter “independent covenants” genannt werden.³⁸² Ihre Erfüllung kann auch ohne Erbringen der Gegenleistung verlangt werden, ohne dass dem Verpflichteten ein Zurückbehaltungsrecht zustünde.³⁸³ Besondere Aufmerksamkeit verlangt der Umstand, dass diese von den Gerichten entwickelte Begrifflichkeit privatautonom mit abweichenden Inhalten belegt werden kann.³⁸⁴ Diese Abgrenzungen sind bedeutsam für die in Unternehmenskaufverträgen regelmäßig zu findenden Vereinbarungen über die Reihenfolge der zu erbringenden Leistungen. Dabei wird der Ablaufplan für die Übertragung des verkauften Unternehmens vor allem von steuerlichen und wirtschaftlichen Erwägungen bestimmt.

380. *Roadworks (1952) Ltd v J. R. Charman* [1994] 2 Lloyd's Rep. 99, 103 f.; *Total Gas Marketing Ltd v Arco British Ltd* [1998] 2 Lloyd's Rep. 209, 214 f.

381. *Morton v Lamb* (1797) 7 T.R. 125.

382. *Leiston Gas Co v Leiston-cum-Sizewell Urban District Council* [1916] 2 K.B. 428, 434. Der Begriff “covenant” war noch im 13. Jahrhundert gleichbedeutend mit “agreement” im Sinne einer vertraglichen Vereinbarung. Seit dem 14. Jahrhundert bis heute wird der Terminus für Vereinbarungen verwendet, die in der besonderen Form der “deed under seal” abgeschlossen werden; vgl. *Cheshire/Fifoot/Furmston* S. 2.

383. *Pordage v Cole* (1669) 1 Wms.Saund. 319; vgl. ferner *Campbell v Jones* (1796) 6 T.R. 570; *Christie v Borelly* (1860) 29 L.J.Ch. 153. Wegen des Risikos einer auf Leistung verklagten Partei, ohne jegliche Sicherheit in Vorleistung treten zu müssen, bejahen die Gerichte das Vorliegen von “independent promises” nur im Ausnahmefall, es sei denn, dass sie eindeutig von den Vertragsparteien vereinbart worden sind, vgl. *Kingston v Preston* (1773) Lofft 194; *Jones v Barkley* (1781) 2 Dougl. 648, 689.

384. *Trans Trust S.P.R.L. v Danubian Trading Co Ld* [1952] 2 Q.B. 297.

Interpretatorische Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass der Grundbegriff der “condition” oft unterschiedslos ohne klarstellenden Zusatz für sämtliche der soeben erläuterten inhaltlichen Konzepte verwendet wird. Im Interesse einer einheitlichen Begrifflichkeit sollten sämtliche wesentlichen Vertragsabreden im Sinne der obigen Definition im folgenden ausschließlich als “promissory conditions” bezeichnet werden. Auch soweit im folgenden der Einfachheit halber mitunter nur von “conditions” die Rede ist, meint der Begriff ausschließlich “promissory conditions”.

(2) *Praktische Anwendung*

Die Rechtsprechung ist sehr zurückhaltend, Vertragsabreden als “promissory conditions” zu qualifizieren.³⁸⁵ Das Vorliegen einer “condition” in diesem Sinne wird nur in den folgenden, eng begrenzten Situationen bejaht.

Zum einen können die Parteien einzelne Klauseln ausdrücklich zur “promissory condition” erklären, deren jegliche Verletzung ein Recht zur Beendigung des Vertrages begründet. Dies kommt im Ergebnis einer ausdrücklichen Beendigungsklausel gleich.³⁸⁶ Unter Missachtung der Gefahr einer terminologischen Irreführung ist die englische kautelarjuristische Praxis dazu übergegangen, sämtliche Vertragsbestimmungen als “terms and conditions” zu bezeichnen, ohne dass damit eine bewusste Qualifikation als “condition” im oben beschriebenen Sinne einherginge.³⁸⁷ Daher kann allein aus der äußeren Bezeichnung einer Vertragsbestimmung als “condition” noch nicht der zwingende Schluss gezogen werden, dass es sich auch materiell um eine wesentliche Vertragsabrede handelt. Vielmehr bedarf es dazu stets einer inhaltlichen Bewertung, mit deren Hilfe die Bedeutung der verletzten Abrede für den Gesamtvertrag zu bestimmen ist.³⁸⁸ Um den damit verbunde-

385. Vgl. die grundlegende Entscheidung *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 Q.B. 26 sowie die Ausführungen in *Cehave NV v Bremer Handelsgesellschaft mbH (The “Hansa Nord”)* [1976] Q.B. 44, 70 f. *per Roskill LJ*: “In my view, a court should not be over ready, unless required by statute or authority so to do, to construe a term in a contract as a ‘condition’ any breach of which gives rise to a right to reject rather than as a term any breach of which sounds in damages.”

386. Siehe dazu Seite 153.

387. Ein derartiger Sachverhalt liegt der Entscheidung *L. Schuler AG v Wickman Machine Tool Sales Ltd* [1974] A.C. 235 zugrunde: Obwohl ein von spezialisierten Wirtschaftsanwälten entworfener Vertrag eine Abrede ausdrücklich als “condition” bezeichnete, lehnte es das House of Lords ab, diese einen nebensächlichen Punkt betreffende Bestimmung allein aufgrund des Parteiwillens als “condition” im Sinne einer wesentlichen Vertragsabrede anzuerkennen.

nen Unwägbarkeiten vorzubeugen, empfiehlt es sich, über die ausdrückliche Benennung wesentlicher Vertragsklauseln als “promissory conditions” hinaus auch eindeutig klarzustellen, dass jegliche Verletzung dieser Klauseln nach dem Willen der Vertragsparteien ein Recht zur Vertragsbeendigung nach sich ziehen soll.

Zum anderen werden bestimmte Abreden in ständiger Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung³⁸⁹, in seltenen Fällen auch explizit durch Gesetze³⁹⁰ als “promissory condition” klassifiziert.

Im Rahmen der Auslegung einzelner nicht eingehaltener Vertragsabreden wendet die Rechtsprechung ähnliche Kriterien an wie bei der Prüfung, ob eine substantielle Vertragsverletzung vorliegt. Dabei wird ermittelt, ob die betreffende Klausel für den Vertrag grundlegend (“goes to the very root of the contract”) ist.³⁹¹ Anders als bei Innominatabreden, deren Verletzung ebenfalls ein Recht zur Vertragsbeendigung begründen kann, ist für “promissory conditions” vorrangig darauf abzustellen, ob die Klausel *per se* eine so bedeutsame Leistungspflicht beinhaltet, dass jegliche Verletzung gravierend genug ist, um eine Vertragsbeendigung zu rechtfertigen.³⁹² Eine Unschärfe ergibt sich in dieser Hinsicht aus Sale of Goods Act 1979, s 15A für den praktisch wenig relevanten Sonderfall, dass die im Rahmen eines Unternehmenskaufs in Form des “asset deal” verkauften Gegenstände des Betriebsvermögens nicht den Anforderungen in ss 13 oder 14 des gleichen Gesetzes ent-

388. *Bentsen v Taylor, Sons & Co* [1893] 2 Q.B. 274, 281 *per Bowen LJ*: “Of course it is often very difficult to decide as a matter of construction whether a representation which contains a promise, and which can only be explained on the ground that it is in itself a substantive part of the contract, amounts to a condition precedent, or is only a warranty. There is no way of deciding that question except by looking at the contract in the light of the surrounding circumstances, and then making up one’s mind whether the intention of the parties, as gathered from the instrument itself, will best be carried out by treating the promise as a warranty sounding only in damages, or as a condition precedent by the failure to perform which the other party is relieved of his liability. In order to decide this question of construction, one of the first things you would look to is, to what extent the accuracy of the statement – the truth of what is promised – would be likely to affect the substance and foundation of the adventure which the contract is intended to carry out.”

389. *Maredelanto Compania Naviera SA v Bergbau-Handel GmbH (The “Mihalis Angelos”)* [1971] 1 Q.B. 164.

390. Vgl. beispielsweise Sale of Goods Act 1979, ss 12(1) in Verbindung mit 12(5A), 13(1) mit 13(1A), 14(2) und 14(3) mit 14(6) sowie 15(2) mit 15(3). Siehe ferner *Arcos Ltd v E. A. Ronaasen and Son Ltd* [1933] A.C. 470, 475 unter Bezugnahme auf den Sale of Goods Act 1893.

391. Vgl. *Glabholm v Hays* (1841) 2 Man. & G. 257, 268.

392. Vgl. demgegenüber die Ausführungen zu dem für Innominatabreden angewendeten Kriterium auf Seite 169 f.

sprechen. Kann der Verkäufer nachweisen, dass die Vertragsverletzung so geringfügig ist, dass eine Vertragsbeendigung unangemessen wäre, so ist der Käufer allein auf einen Schadensersatzanspruch verwiesen. Diese Haftungsbegrenzung wird dadurch erreicht, dass die im Wege der “implied terms” in den Vertrag gelesenen “promissory conditions” in ss 13 und 14 ausnahmsweise als “warranties” zu behandeln sind.

(3) *Rechtliche Wirkung*

Stellt die verletzte Vertragsabrede eine “promissory condition” dar, hat der Unternehmenskäufer das Recht, den Vertrag zu beenden und darüber hinaus Schadensersatz nach den oben³⁹³ dargestellten Grundsätzen zu verlangen.

ii) **Garantieerklärungen: “warranties”**

(1) *Begriff*

Der Begriff “warranty” beschreibt Garantieerklärungen, deren Nichteinhaltung (“breach”) der anderen Vertragspartei das Recht gibt, Schadensersatz zu verlangen, ohne den Vertrag beenden zu können.³⁹⁴ “Warranties” beinhalten in Abgrenzung zu “promissory conditions” Vertragsabreden von geringerer Wichtigkeit.

Mit letzteren teilen sie die Besonderheit, dass Tatbestand und Rechtsfolge bei ihrer Definition ineinander über gehen; der Tatbestand ist mit Blick auf die Rechtsfolge offen formuliert. Das ermöglicht es den Gerichten, die Angemessenheit der Rechtsfolge schon bei der Subsumtion zu berücksichtigen.

Verwirrend ist, dass der Begriff “warranty” auch für inhaltlich verschiedene Vertragsabreden verwendet wird: Da sich die Dichotomie zwischen “promissory conditions” und “warranties” erst allmählich herauskristallisiert hat, bezeichnet “warranty” in älteren Entscheidungen mitunter Klauseln, die nach moderner Begrifflichkeit eindeutig als “promissory conditions” einzustufen sind.³⁹⁵ Ferner beschreibt der Terminus in Verträgen über Schiffsversicherungen gemäß Marine Insurance Act 1906, ss 33–41 Bedingungen, deren Nichteinhaltung den Versicherer von seiner Haftungspflicht befreit.³⁹⁶

393. Ab Seite 125.

394. *Bettini v Gye* (1876) 1 Q.B.D. 183. Diese Definition ist auch Grundlage der Legaldefinition im Sale of Goods Act 1979 s 61(1).

395. *Behn v Burness* (1863) 3 B. & S. 751.

396. Vgl. *Thomson v Weems* (1884) 9 App.Cas. 671, 684; *Bank of Nova Scotia v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd (The “Good Luck”)* [1992] 1 A.C. 233.

In der Praxis werden als “warranties” häufig auch solche Vertragsklauseln bezeichnet, mit denen – anders als durch “warranties” im technischen Sinne unabhängig von den an ihre Nichteinhaltung geknüpften Rechtsfolgen – das Vorliegen einer bestimmten Tatsache versprochen wird.³⁹⁷ “Warranties” in diesem Wortsinn können sich insbesondere auf Umstände beziehen, deren Existenz der Versprechende weder beeinflussen noch nachprüfen kann. In dieser Gestalt sind “warranties” das Instrument, mit dem die versprechende Partei Verantwortung für Umstände übernimmt, die sich außerhalb ihrer Risikosphäre befinden. Die Folge der Risikoübernahme ist eine verschuldensunabhängige Haftung auf vertraglicher Grundlage. Je nach ihrer Ausgestaltung im Einzelfall können “warranties” in diesem untechnischen Sinn des Begriffs entweder als Innominatabreden (“innominate terms”) oder sogar als “conditions”³⁹⁸ ausgelegt werden. Dem ist bei den Vertragsverhandlungen allerhöchste Aufmerksamkeit zu widmen, um zu vermeiden, dass eine irreführend als “warranty” überschriebene “promissory condition” als Wolf im Schafspelz Eingang in den Vertrag findet und dem Käufer ein Beendigungsrecht wegen der Nichteinhaltung von Abreden beschert, die aus Sicht des Verkäufers allenfalls mit Schadensersatz sanktioniert werden sollte.

“Warranties” im zuletzt beschriebenen Sinne sind ferner von “representations” zu unterscheiden: Zwar werden beide dazu verwendet, um das Vorliegen einer Tatsache zu beschreiben. In beiden Fällen kann die Partei, der gegenüber eine solche Beschreibung abgegeben wurde, den Vertrag kündigen sowie – bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen – Schadensersatz verlangen, wenn die betreffende Tatsache sich als nicht zutreffend erweist. Jedoch besitzen “representations” lediglich beschreibenden Charakter, während mit “warranties” zugleich ein vertragliches Versprechen abgegeben wird. Das hat zur Folge, dass die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches sowie Schadensberechnung im Falle eines “breach of warranty” anderen Regeln unterliegt als im Falle einer “misrepresentation”.³⁹⁹

397. Dies ist wiederum zu unterscheiden von dem (Leistungs-)Versprechen, einen solchen Zustand durch Leistung oder Unterlassung in der Zukunft herbeizuführen, *O’Sullivan* 30 S.L.R. 2000, 21, 23.

398. In diesem Sinne wird der Terminus “warranty” beispielsweise bei *Beswick/Wine* S. 180 verwendet.

399. Zu den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches wegen vorvertraglicher “misrepresentation” siehe Seite 87, wegen vertraglicher “misrepresentation” und anderer Vertragsverletzungen vgl. Seite 125.

(2) *Praktische Anwendung*

Angesichts des Umstandes, dass für den Unternehmenskauf nach englischem Recht der Grundsatz *caveat emptor* gilt, liegt es beim Käufer, sich durch vertragliche Abreden so weit wie möglich zu schützen. Dies spiegelt sich in dem teilweise extrem großen Umfang wider, den derartige Abreden in Vertragsdokumenten einnehmen.⁴⁰⁰

(a) *“share deal”*

Im Falle eines Beteiligungskaufs ist der Umfang der durch “warranties” abgedeckten Anforderungen an das bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise verkaufte Unternehmen noch umfangreicher als beim “asset deal”. Der Grund dafür liegt in der fortbestehenden Haftung der unternehmenstragenden Gesellschaft, an der die Geschäftsanteile erworben werden. Typischerweise umfassen die vom Verkäufer abgegebenen “warranties” in diesem Fall die folgenden Bereiche: Rechtsinhaberschaft an den verkauften Anteilen, Bilanzen, relevante Ereignisse seit dem Datum der letzten Bilanzerstellung, Versicherungsschutz, vertragliche Verpflichtungen, Rechtsstreitigkeiten, Eigentum an Gegenständen des Betriebsvermögens, Pensionsverpflichtungen⁴⁰¹ und steuerliche Verpflichtungen.⁴⁰² Neben diesen Standardanforderungen werden je nach den Eigenarten des verkauften Unternehmens und der in seinem Geschäftszweig besonderen Risiken spezielle “warranties” vereinbart. Beispielsweise wird der Käufer beim Erwerb eines produzierenden Chemieunternehmens gesteigerten Wert auf “warranties” betreffend die Umwelt- und Produkthaftungsrisiken legen, während bei Dienstleistungsunternehmen eher die Vertragsbeziehungen zu Kunden oder je nach Tätigkeitsbereich der Zustand der verwendeten Computerhardware und Software im Vordergrund stehen. Bemerkenswert ist ferner, dass sich “warranties” nicht auf im Zeitpunkt der Vereinbarung gegenwärtige Umstände beschränken müssen, sondern auch den Eintritt zukünftiger Tatsachen garantieren können, zum Beispiel die Realisierbarkeit von Außenständen⁴⁰³ oder die voraussichtlichen Einnahmen für das laufende Geschäftsjahr⁴⁰⁴.

400. In der Praxis sind die “warranties” oft derart umfangreich, dass sie im eigentlichen Vertragsdokument lediglich abstrakt umschrieben werden, die auf einen separaten Katalog von garantierten Umständen verweisen. Dadurch soll erreicht werden, dass der eigentliche Kauf- und Übertragungsvertrag selbst nicht allzu umfangreich ausfällt.

401. Eine detaillierte Erörterung dieses in der Praxis bedeutsamen Bereichs finden sich bei *Stimpson* 2 I.H.L. 1996, 25 ff.

402. Vgl. *Baker/Jillson – Fox* S. 138.

403. *Beswick/Wine* S. 180.

Darüber hinaus wird in manchen Fällen eine “general warranty” darüber abgegeben, dass der Verkäufer sich keiner Umstände bewusst ist, die einen Käufer negativ beeinflussen könnten; etwa in folgendem Wortlaut: “The Vendor is not aware of any matter or thing which may adversely influence a purchaser of shares in the company.” Allerdings ist dies aus Sicht des Verkäufers unerwünscht, weil ihm dadurch eine Haftung für alle generellen wirtschaftlichen Geschäftsrisiken aufgebürdet wird, von denen er Kenntnis hat.⁴⁰⁵

(b) “asset deal”

Werden statt der Anteile an der unternehmenstragenden Gesellschaft die Einzelvermögenswerte des Unternehmens verkauft, hängt die Gestaltung der “warranties” davon ab, ob der Käufer die Schulden und andere Verpflichtungen des Verkäufers übernimmt oder nicht. Erklärt sich der Erwerber mit einer solchen Haftungsübernahme einverstanden, entsprechen Umfang und Inhalt der “warranties” grundsätzlich exakt den im Falle eines Beteiligungskaufs vereinbarten. Nur solche Garantieerklärungen entfallen, die unmittelbar die unternehmenstragende Gesellschaft selbst betreffen, wie etwa Erklärungen über das Grundkapital, die auf die Anteile eingezahlten Beträge und Steuerverpflichtungen. Ohne die mit einer solchen Haftungsübernahme verbundenen Risiken kann sich der Käufer mit weitaus weniger weitreichenden “warranties” zufrieden geben.⁴⁰⁶

Unabhängig von den einzelfallabhängigen Details der “warranties” verlangen zwei schon zuvor erwähnte Aspekte ganz besondere Aufmerksamkeit: Entgegen ihrer Titulierung als “warranties” können die Vertragsabreden in der Praxis die Nichteinhaltung mit einem Recht des Käufers auf Beendigung des Vertrages sanktionieren und dadurch der Sache nach als “promissory conditions” ausgestaltet sein. Ferner kann die oft nur in Nuancen variierende Formulierung des Pflichteninhalts massiven Einfluss auf den tatsächlichen Haftungsumfang haben. Beispielsweise kann eine den Umsatz beschreibende Erklärung je nach ihrer konkreten Ausgestaltung die absolute Exaktheit der aufgeführten Zahlen garantieren oder lediglich garantieren, dass die anhand der vom Verkäufer angestellten Berechnungen über den Umsatz seiner Auffassung über den Umsatz entsprechen. Durch adäquate Vertrags-

404. *Lion Nathan Ltd v C-C Bottlers Ltd* Times L.Rep. 16 May 1996, 1: “projected earnings forecast”. Vgl. ferner die Anmerkungen von *Simpson Solicitors’ Journal* 14.10.1997, 135.

405. *Beswick/Wine* S. 185.

406. *Beswick/Wine* S. 244 f.

gestaltung kann jede denkbare Nuancierung zwischen diesen Extremen erreicht werden; zum Beispiel können entweder präzise Kriterien wie betriebswirtschaftliche Berechnungsmethoden oder vage Umschreibungen wie “to the best of Seller’s knowledge and belief”⁴⁰⁷ den Inhalt der vertraglichen Pflicht konkretisieren.⁴⁰⁸

“Warranties” erfüllen im wesentlichen zwei Funktionen:

Zum einen bieten sie den Parteien einen Mechanismus, um den vereinbarten Kaufpreis im nachhinein an wertmindernde Faktoren anzupassen, deren Existenz sich erst nach Vertragsschluss erweist.⁴⁰⁹

Zum anderen sind sie ein Mittel, um den Verkäufer dazu zu bringen, Informationen über das Kaufobjekt preiszugeben.⁴¹⁰ Der Verkäufer haftet nach der üblichen Vertragsgestaltung nicht für die Korrektheit solcher “warranties”, deren Fehlen dem Käufer bekannt ist.⁴¹¹ Daher kann der Verkäufer seine Haftung gezielt durch “disclosure against the warranties” begrenzen.

407. Eine vergleichbare Wirkung haben Formulierungen wie: “so far as the Vendor is aware”, gegebenenfalls präzisiert durch “... the Vendor having made reasonable enquiries”.

408. Die Gestaltung von “warranties” hat sich in der Praxis zu einem Spezialgebiet entwickelt, zu dem ausführliche Fachliteratur erhältlich ist; vgl. *Sinclair*, Warranties and Indemnities on Share and Asset Sales.

409. *Beswick/Wine* S. 180; *Senior/Szpojnarowicz* 11 P.L.C. 1995, 31; *Hashemi/Pattinson* 13 C.L. 1997, 83.

410. *Beswick/Wine* S. 194; *Heshon* S. 27.

411. Eine typischerweise verwendete Formulierung für “warranties” lautet etwa: “The Warranties are given subject to matters fully, fairly and specifically disclosed in the Disclosure Letter but no other information relating to the [target company] of which the Purchaser has knowledge (actual or constructive) and no investigation by or on behalf of the Purchaser shall prejudice any claim made by the Purchaser under the Warranties or operate to reduce any amount recoverable, and liability in respect thereof shall not be confined to breaches discovered before Completion”, vgl. *Senior/Szpojnarowicz* 11 P.L.C. 1995, 31, 32. Die in den Musterklauseln groß geschriebenen Begriffe werden in aller Regel in einem separaten Kapitel der Vertragsdokumentation individuell definiert.

(3) *Interaktion zwischen “warranties” und “disclosures”*

Die Funktion der Offenlegung (“disclosure”) erschließt sich am ehesten vor dem Hintergrund der vertraglichen Gestaltung von “warranties” in der Praxis. Der erste Vertragsentwurf wird üblicherweise von den Anwälten des Käufers erstellt.⁴¹² Da der Käufer normalerweise weniger als der Verkäufer mit dem zu erwerbenden Unternehmen vertraut ist, gestalten seine Rechtsberater die “warranties” nach dem Prinzip anwaltlicher Vorsicht in quantitativer Hinsicht so umfassend wie möglich und in qualitativer Hinsicht mit absolutem Garantieinhalt.

Um den Garantieinhalt auf ein realistisches Maß zurückzuschrauben, stehen dem Verkäufer zwei Methoden zur Verfügung. Zum einen kann er einen qualitativ weniger intensiven Garantieinhalt aushandeln. Zum anderen hat der Verkäufer die Möglichkeit, das ihm aus den “warranties” entstehende Haftungsrisiko durch “disclosures” zu begrenzen, indem er den tatsächlichen *status quo* des Unternehmens offenlegt: Da sämtliche Garantiezusagen üblicherweise ausdrücklich auf Umstände limitiert sind, von denen der Käufer keine Kenntnis hat, kann der Verkäufer seine Haftung hinsichtlich derjenigen garantierten Aspekte ausschließen, die er detailliert und umfassend dem Käufer offenbart.⁴¹³ Eine nur hinweisartige Offenlegung, die lediglich Anhaltspunkte für den relevanten *status quo* vermittelt, entfaltet hingegen keine haftungsausschließende Wirkung.⁴¹⁴

Die Garantieerklärungen über Umstände, zu denen der Verkäufer keine klarstellenden Äußerungen abgibt, bleiben in unverminderter Intensität bestehen. Das wirtschaftliche Kalkül eines Verkäufers, den Käufer von einem Vertragsschluss abhaltende Umstände zu verschweigen und allenfalls im Fall ihrer späteren Entdeckung Schadensersatz leisten zu müssen, verliert seine Attraktivität dadurch, dass ein bewusstes Verschweigen von Tatsachen, die den Käufer zum Vertragsschluss bewegen, zumindest im Fall eines Beteiligungskaufs eine strafrechtliche Haftung nach Financial Services Act 1986, s 47 auslösen kann.⁴¹⁵ Die zivilrechtlichen Sanktionen für ein derartiges Verhalten des Verkäufers beschränken sich jedoch auf die für vorvertragliche falsche Tatsachenerklärungen geltenden Regeln.⁴¹⁶

412. *Sinclair* S. 8.

413. *Daniel Reeds Ltd v EM ESS Chemists Ltd* [1995] C.L.C. 1405.

414. *Levison v Farin* [1978] 2 All E.R. 1149.

415. Die Strafvorschrift ist kürzlich neu gefasst worden in Financial Services and Markets Act 2000, s 118. Am 25. Februar 2001 sind die Absätze 3, 4 und 10 der Norm in Kraft getreten. Das Datum für das Inkrafttreten der übrigen Absätze stand zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht fest.

Hat der Verkäufer die “warranties” durch schriftliche Offenlegung der tatsächlichen Verhältnisse relativiert, ist dem Käufer wiederum daran gelegen, dass nur die ihm schriftlich und ausdrücklich mitgeteilten “disclosures” haftungsbegrenzende Wirkung entfalten können. Zu diesem Zweck kann die Garantieklausel um den Zusatz erweitert werden, dass nur die in einem genau definierten “disclosure letter” offenbarten Tatsachen den Umfang der Haftung für Garantieerklärungen einschränken:

“Warranties are given subject to matters disclosed in the Disclosure Letter but no other information relating to the Company of which the Purchaser has actual or constructive knowledge and no investigation by or on behalf of the Purchaser shall prejudice any claim made by the Purchaser under the Warranties or operate to reduce any amount recoverable.”⁴¹⁷

Dadurch wird vermieden, dass der Verkäufer sich zu seiner Entlastung darauf berufen könnte, dass mündlich weiterreichende “disclosures” mitgeteilt worden seien oder dass außerhalb der eigentlichen Vertragsverhandlungen Umstände den Mitarbeitern oder Vertretern des Käufers bekannt geworden seien, die sich dieser als Organwissen zurechnen lassen müsste. Eine solche Vertragsgestaltung soll verhindern, dass vom Käufer angestrengte Nachforschungen über den genauen Zustand des zu erwerbenden Unternehmens sich zu seinen Lasten und zu Gunsten des Verkäufers haftungsbeschränkend auswirken könnten.⁴¹⁸ Dies ist insbesondere dann zu beachten, wenn der Käufer eine “due diligence”-Prüfung des Zielunternehmens durchführen lässt.⁴¹⁹ Ob derartige Beschränkungen auf den Inhalt des “disclosure letter” wirksam sind, muss angesichts einer vor wenigen Jahren im Wege einstweiligen Rechtsschutzes ergangenen Entscheidung jedoch bezweifelt werden.⁴²⁰ Bis die Rechtsprechung in einem Hauptsacheverfahren die Gelegenheit hat, sich bindend

416. Berater des Verkäufers hingegen, die in voller Kenntnis der Sachlage bei der Erstellung eines unvollständigen “disclosure letter” mitwirken (“knowingly concerned”), setzen sich dem Risiko aus, dem Käufer zivilrechtlich Schadensersatz leisten zu müssen; vgl. *Securities and Investments Board v Pantell SA (No. 2)* [1992] 3 W.L.R. 896.

417. *Kessel* RIW 1997, 285, 289.

418. *Fagan/McKendrick* 1/2 P.L.C. 1995, 15, 16.

419. Eine knappe, aber anschauliche Darstellung der in England üblichen Vorgehensweise bei einer “due diligence” findet sich bei *Evans* 6 I.C.C.L.R. 1995, 195.

420. *Eurocopy plc v Teesdale* [1992] B.C.L.C. 1067.

zu der Frage zu äußern, sind Unternehmenskäufer auf die Vorsichtsmaßnahme verwiesen, sämtliche ihnen bis zum Vertragsschluss bekannt gewordenen Nichteinhaltungen von “warranties”, die nicht im “disclosure letter” aufgeführt sind, zum Gegenstand einer separaten “indemnity” zu machen.⁴²¹

Der Käufer hat des weiteren ein Interesse daran, dass nicht sämtliche Garantieerklärungen durch übertrieben umfangreiche “disclosures” ausgehöhlt werden. Wegen der Wechselwirkung zwischen “warranties” und “disclosures” ist es folglich für den Käufer günstig, wenn der Vertrag eine Garantieerklärung über die Akkuratheit und Klarheit sämtlicher “disclosures” enthält.⁴²² Damit die Darstellung im “disclosure letter” transparent bleibt, werden Details und erläuternde Dokumente wie Statistiken und etwa relevante Vertragswerke als Annex beigefügt (“disclosure bundle”).⁴²³

Festzuhalten ist, dass “warranties” dem Käufer nur insoweit nützen, wie ihr Garantiegehalt nicht durch “disclosures” entkräftet wird. Umgekehrt hat der Verkäufer ein Interesse daran, seine Garantiehaftung so weit wie möglich durch “disclosures” zu limitieren. Für beide Parteien gilt, dass die im Einzelfall abgegebenen “disclosures” bei den Vertragsverhandlungen mindestens ebenso hohe Aufmerksamkeit verlangen wie die bis zu einem gewissen Grade standardisierten und deshalb vorhersehbaren “warranties”.⁴²⁴ Inwieweit eine Partei die Wechselwirkung zwischen “warranties” und “disclosures” zu ihrem Vorteil ausnutzen kann, ist eine Frage der Verhandlungsstärke im Einzelfall.⁴²⁵

421. *Beswick/Wine* S. 185 f.; *Hashemi/Pattinson* 13 C.L. 1997, 83; *Barkworth Solicitors' Journal* 16.10.1992, 1034. Die Funktion der “indemnities” wird ab Seite 174 erörtert.

422. Eine solche Klausel kann etwa folgenden Inhalt haben: “The disclosures contained in the Disclosure Letter and the details contained in the accompanying documents are accurate and fully, clearly and accurately disclose every matter to which they relate and the Warranties which are affected; and there are no other matters which have not been disclosed and which may render the disclosures incomplete, inaccurate or misleading.”

423. Zu dem in der Praxis üblichen *Procedere* vgl. *Senior/Szpojnarowicz* 11 P.L.C. 1995, 31, 32.

424. *Hashemi/Pattinson* 13 C.L. 1997, 83.

425. Umfassende Hilfestellung für die Verhandlungsführung bieten die Erläuterungen von *Senior/Szpojnarowicz* 11 P.L.C. 1996, 31 ff.

(4) *Rechtliche Wirkung*

Hält der Unternehmensverkäufer eine vereinbarte “warranty” nicht ein, kann der Käufer grundsätzlich nur Schadensersatz verlangen, ohne den Vertrag beenden zu können.⁴²⁶ Obwohl dies die in ständiger Rechtsprechung etablierte⁴²⁷ Dreiteilung der Typologie von “promissory conditions”, “warranties” und “intermediate terms” ignoriert, hat die Rechtsprechung in besonderen Situationen ausnahmsweise auch an die Nichteinhaltung von “warranties” ein Recht zur Vertragsbeendigung geknüpft.⁴²⁸ Allerdings ist dies ein nicht zu verallgemeinernder Einzelfall geblieben, da die zur Zeit der Entscheidung typologisch als “warranty” eingestufte Klausel später gesetzlich zu einer “promissory condition” erklärt wurde.⁴²⁹

Um einen Schadensersatzanspruch geltend machen zu können, muss der Anspruchsteller sowohl die Nichteinhaltung der “warranty” als auch das Entstehen und den Umfang des ihm entstandenen Schadens beweisen.⁴³⁰

iii) **Innominatabreden: “innominate terms” oder “intermediate terms”**

Innominatabreden (“innominate terms”) zeichnen sich dadurch aus, dass ihre Verletzung durch eine Vertragspartei der anderen Partei nur dann das Recht gibt, den Vertrag für beendet zu erklären (“to treat the contract as at an end” oder “to repudiate the contract”), wenn die Vertragsverletzung ernsthaft oder wesentlich ist (“serious or substantial breach”).⁴³¹ Synonym zu “innominate term” wird auch der Begriff “intermediate term” verwendet.

426. *Bettini v Gye* (1876) 1 Q.B.D. 183.

427. *Bunge Corpn v Tradax SA* [1981] 2 All E.R. 513, 550 *per Lord Roskill*: “third class of term”.
Siehe ferner *Regent OHG Aisenstadt und Barig v Francesco of Jermyn Street* [1981] 3 All E.R. 327, 334.

428. *Astley Industrial Trust Ltd v Grimley* [1963] 2 All E.R. 33, 47.

429. Supply of Goods and Services Act 1982, s 9(4).

430. *Treitel* S. 731.

431. *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 Q.B. 26, 65 ff. *per Diplock LJ*.

Der offene Tatbestand bietet den Gerichten einen beträchtlichen Bewertungsspielraum bei der Frage, ob eine Vertragsauflösung angemessen erscheint oder nicht. So kann selbst dann eine ausgewogene Lösung gefunden werden, wenn eine abstrakt gesehen für den Vertrag eminent wichtige Klausel verletzt wird, die Verletzung aber nur trivialen Charakter hat. Lord Justice Upjohn illustriert dies sehr pointiert mit einem Beispiel aus dem Recht des Chartervertrags, in dem die Bestätigung der Seetüchtigkeit des gecharterten Schiffs *per se* von zentraler Wichtigkeit ist:

“If a nail is missing from one of the timbers of a wooden vessel, or if proper medical supplies or two anchors are not on board at the time of sailing, the owners are in breach of the seaworthiness stipulation. It is contrary to common sense to suppose that, in such circumstances, the parties contemplated that the charterer should at once be entitled to treat the contract as at an end for such trifling breaches.”⁴³²

In aller Regel betrachten die Gerichte zum Zwecke der Einordnung von Vertragsabreden sowohl die Bedeutung der jeweils relevanten Vertragsabrede in Relation zum Gesamtvertrag als auch die Schwere der Vertragsverletzung in Relation zu der verletzten Vertragsabrede selbst. Traditionell steht bei der Auslegung von Kaufverträgen das erstgenannte Kriterium im Vordergrund der Betrachtung, während das letztgenannte erst zum Tragen kommt, wenn danach noch Zweifel verbleiben.⁴³³ Diese Prüfungsreihenfolge ist jedoch keineswegs bindend, sondern spiegelt lediglich die übliche Vorgehensweise der Gerichte wider.⁴³⁴

432. *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 Q.B. 26, 62 f. *per Upjohn LJ*.

433. *Cheshire/Fifoot/Furmston* S. 160. Bei der Auslegung von Vereinbarungen im Rahmen anderer Vertragstypen ist die Reihenfolge bzw. Schwerpunktsetzung bei der Prüfung umgekehrt, z. B. bei Verträgen über den Bau von Häusern (“building contracts”).

434. *Lord Devlin* beschreibt den Subsumtionsvorgang wie folgt: “... both term and breach can be considered together ... It is ... by considering the nature of the term in the light of the breach alleged that the judge will have to make up his mind”, siehe [1966] C.L.J. 192, 199 f.

iv) Abgrenzung zwischen verschiedenen Klauselarten

Unter dem Einfluss des Sale of Goods Act 1893 war bis in die zweite Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts die Ansicht weit verbreitet, dass es nur zwei Arten von vertraglichen Abreden gäbe, “promissory conditions” und “warranties”. Dies rührte daher, dass sich dieses gemäß s 1(1)⁴³⁵ den Warenkauf regelnde Gesetz darauf beschränkte, in s 11(1)(b) ausschließlich “conditions” und “warranties” zu definieren.⁴³⁶ Dadurch vermittelte es den Eindruck, sämtliche Formen vertraglicher Vereinbarungen passten in diese zwei Kategorien.

Im Jahre 1962 wurde diese Zweiteilung vom Court of Appeal in der Entscheidung *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd*⁴³⁷ grundlegend in Frage gestellt. Klauseln, die zu komplex für eine klare Zuweisung zu einer der beiden vorherrschenden Kategorien sind, werden seitdem als Innominatabreden (“innominate terms” bzw. “intermediate terms”) gesondert behandelt.⁴³⁸ Die Kategorien von “conditions” und “warranties” wurden dadurch nicht aufgehoben, sondern ergänzt.⁴³⁹

Zur Abgrenzung zwischen “promissory conditions” und “warranties” wurde ursprünglich im Wege der Auslegung ermittelt, welche Rechtsfolgen nach dem Willen der Parteien an die Nichteinhaltung der jeweiligen Vertragsabrede geknüpft sein sollten.⁴⁴⁰ Fehlt es jedoch an einer eindeutigen Aussage des Vertrages zu den im Falle der Nichteinhaltung erwünschten Rechtsfolgen, läuft dieses Kriterium letztlich ins Leere. Zusätzlich wird daher unter Rückgriff auf das oben erläuterte allgemeine Substantialitätskriterium darauf abgestellt, ob die jeweilige Abrede bei

435. Die Vorschrift wird ergänzt durch die Legaldefinition von “goods” in s 61(1).

436. Die inhaltlich unveränderte Definition findet sich heute im Sale of Goods Act 1979, s 11(3): “Whether a stipulation in a contract of sale is a condition, the breach of which may give rise to a right to treat the contract as repudiated, or a warranty, the breach of which may give rise to a claim for damages but not to a right to reject the goods and treat the contract as repudiated, depends in each case on the construction of the contract; and a stipulation may be a condition, though called a warranty in the contract.”

437. [1962] 2 Q.B. 26.

438. *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 Q.B. 26, 70 per Diplock LJ sowie auf Seite 64 per Upjohn LJ. Lord Justice Upjohn bestätigt diesen Standpunkt in der Entscheidung *Astley Industrial Trust Ltd v Grimley* [1963] 2 All E.R. 33, 47 f.

439. *Maredelanto Compania Naviera SA v Bergbau-Handel GmbH (The “Mihalis Angelos”)* [1971] 1 Q.B. 164.

440. *Glaholm v Hays* (1841) 2 Man. & G. 257, 266.

wertender Betrachtung die Grundlage des Vertrages ausmacht.⁴⁴¹ Wie schon erwähnt kommt es dabei vorrangig auf die abstrakte Bedeutung der Abrede für den Gesamtvertrag an und nicht auf die tatsächlichen Auswirkungen ihrer Nichteinhaltung.

Nicht zuletzt weil eine solche abstrakte Analyse zur Unterscheidung von “promissory conditions” und “warranties” nur selten eindeutige Resultate gestattet, werden noch nicht durch ständige Rechtsprechung oder Gesetz klassifizierte Vertragsabreden von der Rechtsprechung heute *prima facie* als Innominatabreden angesehen.⁴⁴²

Durch die Anerkennung der “innominate terms” hat die Lehre von der substantiellen Vertragsverletzung, die von der Nichteinhaltung spezifischer Klauseltypen losgelöst ist, ihre praktische Bedeutung weitestgehend verloren. Das ist damit zu erklären, dass eine wesentliche oder ernsthafte Verletzung einer Innominatabrede in funktioneller Hinsicht einer substantiellen Vertragsverletzung entspricht: Beide Denkfiguren beinhalten im Kern die wertende Einschätzung, ob eine Vertragsverletzung so gewichtig ist, dass sie die Beendigung des Vertrages rechtfertigt. Der formelle Unterschied zwischen den beiden Ansätzen besteht darin, dass die Klassifizierung verletzter Vertragsbestimmungen als Innominatabreden die zukünftige Bewertung ähnlicher Klauseln durch die rasterartige Typologie verschiedenartiger Vertragsabreden erleichtert. Davon ausgehend wird eine Einzelfallbetrachtung der Gesamtumstände vorgenommen. Demgegenüber orientiert sich eine substantielle Vertragsverletzung schon im Ausgangspunkt am Gesamtvertrag, ohne eine Typologie der Vertragsabreden zu schaffen. Auch wenn die beiden Ansätze in der gerichtlichen Praxis zu identischen Ergebnissen führen, deutet die Anerkennung der typisierenden Innominatabreden auf eine graduelle Hinwendung der englischen Gerichte zu einer Systematisierung des Fallrechts hin.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Recht zur Beendigung des Vertrages im wesentlichen unter drei Voraussetzungen entstehen kann: wegen jeglicher Art der Nichteinhaltung einer “condition” als abstrakt vertragswesentlicher Abrede, infolge einer im konkreten Einzelfall für den Vertrag wesentlichen Verletzung einer Innominatabrede oder als Rechtsfolge einer im Einzelfall substantiellen Vertragsverletzung. Zu prüfen ist zunächst, ob eine “promissory condition” in einer wie auch

441. *Glabholm v Hays* (1841) 2 Man. & G. 257, 268.

442. *O’Sullivan* 30 S.L.R. 2000, 21.

immer gearteten Weise nicht eingehalten wurde, und ansonsten, ob eine die Grundlage des Vertrages erschütternde Verletzung vorliegt, sei es ausgehend von einer spezifischen Innominatabrede, sei es allgemein oder ausnahmsweise auch im Rahmen von “warranties” nach dem Substantialitätskriterium.⁴⁴³

Im Vordergrund der Betrachtung steht folglich die Abgrenzung zwischen “promissory conditions” und “innominate terms”. die immer dann vorzunehmen ist, wenn zuvor weder durch ständige Rechtsprechung noch durch Gesetze klassifizierte Klauseln einer erstmaligen gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden. Dabei haben die Gerichte die einander entgegengesetzten Interessen von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit gegeneinander abzuwägen:

Im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit läge es, dem Käufer nur in den Fällen ein Beendigungsrecht zuzugestehen, in denen er tatsächlich einen Schaden erleidet. Dementsprechend kann durch eine Einordnung als “intermediate term” verhindert werden, dass das Beendigungsrecht zum „Reurecht“ degradiert wird, mit dessen Hilfe sich der Käufer von im nachhinein ungünstig erscheinenden Transaktionen lösen könnte.⁴⁴⁴

Im Interesse der Rechtssicherheit kann es demgegenüber opportun sein, Klauseln als “promissory conditions” zu kategorisieren, um die schwer im voraus kalkulierbare Wertungsfrage der Substantialität zu vermeiden.⁴⁴⁵

v) Reduzierung der Trichotomie auf eine Dichotomie

“Warranties” sind anders als “promissory conditions” für die Frage bedeutungslos, ob ein Beendigungsrecht gegeben ist. Sie bilden lediglich eine Art Auffangkategorie für Vertragsbestimmungen, deren Nichteinhaltung allein Schadensersatzansprüche auslösen kann. Vor diesem Hintergrund ließe sich die Typologie von Vertragsklauseln vereinfachen, indem lediglich zwischen “promissory conditions” und sämtlichen anderen Klauseln unterschieden werden könnte.⁴⁴⁶ Dies erschiene insofern

443. *Cehave NV v Bremer Handelsgesellschaft mbH (The “Hansa Nord”)* [1976] Q.B. 44, 60 per Lord Denning M.R.

444. *Torvald Klaveness A/S v Arni Maritime Corporation (The “Gregos”)* [1995] 1 Lloyd’s Rep. 1, 9 per Lord Mustill: “My Lords, although it is well established that certain obligations under charterparties do have the character of conditions I would not for my part wish to enlarge the category unduly, given the opportunity which this provides for a party to rely on an innocuous breach as a means of escaping from an unwelcome bargain.”

445. *Bunge Corporation v Tradax SA* [1981] 2 All E.R. 513.

446. Vgl. die dahingehende Interpretation der Entscheidung *Cehave NV v Bremer Handelsgesellschaft mbH (The “Hansa Nord”)* [1976] Q.B. 44, 60 durch Treitel S. 739.

als stringent, als nicht eingehaltene “promissory conditions” unabhängig von der Art der Verletzung und ihrer Konsequenzen ein Beendigungsrecht begründet, während in allen anderen Situationen eine Gesamtbewertung anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls vorzunehmen ist.

Jedoch ist die Dreiteilung der Vertragsabreden in “promissory conditions”, “warranties” und “intermediate terms” im Fallrecht mittlerweile derart etabliert und ausdifferenziert,⁴⁴⁷ dass sie dem versierten Rechtsanwender keine Schwierigkeiten bereitet. Vielmehr ist zu befürchten, dass die Einführung eines prägnanten Begriffes für „sämtliche anderen Abreden“ als Antonym zu “promissory conditions” die ohnehin unklare Terminologie nur noch weiter komplizieren würde, ohne dass in der Sache ein Zuwachs an Klarheit gewonnen wäre.

vi) Entschädigungsvereinbarungen: “indemnities”

Entschädigungsvereinbarungen (“indemnities”) decken spezifische Haftungspositionen ab, für die Art und Umfang der zu leistenden Entschädigung vorab vertraglich festgelegt werden.⁴⁴⁸ Eine “indemnity” verschafft dem Käufer folglich einen Anspruch auf finanzielle Entschädigung auf der Grundlage einer primären Vertragspflicht. Insofern unterscheidet sich die “indemnity” strukturell von einem vertraglichen Schadensersatzanspruch, der auf einer Sekundärverbindlichkeit beruht.

In terminologischer Hinsicht ist die “indemnity” in der Gestalt einer speziellen vertraglichen Vereinbarung von der gleichnamigen Entschädigungszahlung zu unterscheiden, die nach einer Vertragsauflösung wegen vorvertraglich falscher Tatsachenerklärung zugesprochen werden kann.⁴⁴⁹

Inhaltlich können “indemnities” sich mit den im Rahmen der “warranties” formulierten Anforderungen an das verkaufte Unternehmen überschneiden. Das ist vor allem hinsichtlich steuerlicher Aspekte häufig der Fall.⁴⁵⁰

447. *Bunge Corporation v Tradax SA* [1981] 2 All E.R. 513, 549; *Regent OHG Aisenstadt und Barig v Francesco of Jermyn Street* [1981] 3 All E.R. 327, 334.

448. *Yeoman Credit Ltd v Latter* [1961] 2 All E.R. 294, 296 per Pearce LJ; *British and Commonwealth Holdings plc v Barclays Bank plc* [1996] 1 All E.R. 381.

449. Siehe oben Seite 108.

450. *Sinclair* S. 6 ff.

Die Vereinbarung einer “indemnity” vermeidet für den Käufer verschiedene Schwierigkeiten, die sich im Rahmen eines vertraglichen Schadensersatzanspruches wegen “breach of contract” stellen. Auch im Rahmen eines “asset deal”⁴⁵¹ können “indemnities” ungeachtet der Restriktionen in Unfair Contract Terms Act 1977, ss 2 und 3 vereinbart werden, da sie nach Ansicht der Rechtsprechung keine Haftungsbeschränkung, sondern eine Risikozuweisung beinhalten.⁴⁵² Allerdings greift das Angemessenheitserfordernis gemäß Unfair Contract Terms Act 1977, s 4 (“reasonableness test”) ein, wenn der Kauf bzw. Verkauf des Unternehmens im Wege des “asset deal” im Rahmen eines Geschäftsbetriebs vorgenommen wird (“in the course of a business”). Zumindest für den hier nicht einschlägigen Sale of Goods Act 1979 wird dieses Erfordernis weit ausgelegt; insbesondere ist nicht erforderlich, dass derartige Transaktionen in dem jeweiligen Geschäftsbetrieb regelmäßig vorkommen.⁴⁵³ Allerdings ist nicht mit letzter Sicherheit vorherzusagen, ob die Rechtsprechung diese Auslegung auch im Kontext des Unfair Contract Terms Act 1977 anwenden wird, da sie sich auf die besondere historische Entwicklung des Sale of Goods Act 1979 stützt.⁴⁵⁴

Die Regeln über die Kausalität der Verletzungshandlung zum Schadenseintritt (“remoteness of damage”) sind auf “indemnities” nicht anwendbar, so dass der Anspruchsgegner für sämtliche äquivalent kausal verursachten Schäden einzustehen hat.⁴⁵⁵ Des weiteren obliegt der auf der Grundlage einer “indemnity” anspruchstellenden Partei keinerlei Schadensminderungspflicht.⁴⁵⁶ Üblicherweise legt die “indemnity” genau fest, welche Entschädigungssumme im Falle einer Verletzung zu zahlen ist, so dass eine Schadensberechnung insgesamt entbehrlich wird.⁴⁵⁷ Dann kann beispielsweise ein Beteiligungskäufer Entschädigung auch

451. Auf einen “share deal” ist Unfair Contract Terms Act 1977, ss 2 bis 4 laut Schedule 2, paragraph 1(e) ohnehin nicht anwendbar.

452. *Thompson v T Lohan (Plant Hire) Ltd* [1987] 2 All E.R. 631; *Sealy* [1988] C.L.J. 6.

453. Zur Interpretation der Formulierung “in the course of a business” vgl. *Stevenson v Rogers* [1999] 1 All E.R. 613 betreffend den identischen Wortlaut des Sale of Goods Act 1979, s 14(2).

454. *Stevenson v Rogers* [1999] 1 All E.R. 613, 619 *per Potter LJ*.

455. *Beswick/Wine* S. 180; *Glatzová* 11 I.B.L. 1998, 453, 459.

456. *Heshon* S. 31.

457. *Kessel* RIW 1997, 285, 287.

ohne den Nachweis verlangen, dass die erworbenen Anteile an Wert verloren haben.⁴⁵⁸ Ferner können Pflichten zur Abhilfe der Vertragsverletzung begründet werden, die ihrer Art nach nicht im Rahmen des gewöhnlichen Schadensersatzes zur Verfügung stehen.⁴⁵⁹

Für den Unternehmenskäufer ist es ferner vorteilhaft, eine “indemnity” so ausgestalten zu können, dass er im Haftungsfall auch Schadenspositionen liquidieren kann, die nicht ihm, sondern Dritten entstanden sind.⁴⁶⁰ Schließlich bleibt die Haftung auf der Grundlage von “indemnities” anders als eine Haftung für “warranties” davon unberührt, dass der Verkäufer die betreffenden Einzelheiten im Wege der “disclosure” nachträglich offenbart.⁴⁶¹

Insbesondere für Steuerverpflichtungen eines im Wege des Beteiligungskaufs erworbenen Unternehmens ist es üblich, eine Entschädigungsvereinbarung abzuschließen.⁴⁶² Dadurch wird der Käufer von unerwarteten, möglicherweise beträchtlichen Steuerlasten freigestellt, selbst wenn der Wert der erworbenen Geschäftsanteile nicht in einer Weise nachteilig betroffen ist, die einen Schadensersatzanspruch rechtfertigen würde. Ähnliche Erwägungen führen häufig zur Vereinbarung einer “indemnity” bezüglich des ordnungsgemäßen Zustands der Buchhaltung.⁴⁶³ Stellt sich nachträglich heraus, dass nachlässige Kontenführung umfangreiche und kostspielige Ordnungsarbeiten nötig macht, hat der Verkäufer die anfallenden Kosten zu tragen.

d) Verhältnis zu Misrepresentation Act 1967, s 2(2)

Fraglich ist, ob das Recht auf Vertragsbeendigung wegen Vertragsverletzung durch Misrepresentation Act 1967, s 2(2) in gleicher Weise eingeschränkt wird wie ein Recht auf Vertragsauflösung wegen vorvertraglicher falscher Tatsachenerklärung. Das Problem stellt sich, weil der Misrepresentation Act 1967 offen lässt, ob der Begriff “rescission” im Rahmen des Gesetzes nur eines oder beide dieser oft gleich benannten Gestaltungsrechte umfasst. Aus dem Titel des Gesetzes “Misrepresentation Act” lässt sich insofern keine rigorose Begrenzung auf das Gestaltungsrecht

458. *Beswick/Wine* S. 180.

459. *Fagan/McKendrick* 1/2 P.L.C. 1995, 15, 16.

460. *Glatzová* 11 I.B.L. 1998, 453, 459.

461. *Kessel* RIW 1997, 285, 288.

462. *Fagan/McKendrick* 1/2 P.L.C. 1995, 15, 16.

463. *Fagan/McKendrick* 1/2 P.L.C. 1995, 15, 16.

wegen vorvertraglicher falscher Tatsachenerklärung ableiten, weil auch eine später in den Vertrag aufgenommene Tatsachenerklärung als “misrepresentation” bezeichnet wird, wenn auch um den klarstellenden Zusatz “incorporated misrepresentation” erweitert.⁴⁶⁴

Einerseits wäre es denkbar, auch “rescission for breach” unter s 2(2) zu subsumieren. Das hätte zur Folge, dass es dem Gericht offen stünde, auch bei einer Beendigungserklärung wegen Vertragsverletzung eine Ermessensentscheidung zu treffen, ob der Vertrag aufrechterhalten und der Erklärungsempfänger mit einem Schadensersatzanspruch abgefunden werden soll. Vorteilhaft wäre dies insofern, als es dem Gericht die Möglichkeit gäbe, aus Gründen der Billigkeit eine Vertragsbeendigung zu verhindern, wenn durch das Festhalten am Vertrag dem Erklärungsempfänger keinerlei nennenswerter Nachteil entstünde, dem Erklärenden jedoch beträchtlicher Schaden erwüchse.⁴⁶⁵

Jedoch finden sich in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes keine Hinweise darauf, dass der Misrepresentation Act 1967 das Fallrecht zur “termination for breach of contract” in dieser Weise reformieren sollte.⁴⁶⁶ Zudem fehlt es an einem rechtfertigenden Grund dafür, ein etwaiges Recht zur Beendigung des Vertrages wegen Vertragsverletzung nur für die Fälle einschränken zu wollen, in denen die verletzte Vertragsbestimmung schon vorvertraglich als Tatsache erklärt wurde, nicht aber in Fällen der Verletzung anderer Vertragsbestimmungen wie beispielsweise Leistungsversprechen. Mit diesen Argumenten wird dafür plädiert, Misrepresentation Act 1967, s 2(2) nicht auf “rescission for breach” anzuwenden.⁴⁶⁷ Eine Gelegenheit für die Gerichte, sich zu der Frage zu äußern, steht bislang noch aus.

3. Rechtsfolgen

Jegliche Art der Nichteinhaltung einer “condition”, eine im konkreten Einzelfall für den Vertrag wesentliche Verletzung einer Innominatabrede und eine im Einzelfall substantielle Vertragsverletzung begründen für den Käufer ein Recht, den Vertrag für beendet zu erklären. Dieses Recht wird durch Erklärung dem

464. *Treitel* S. 348.

465. *Cheshire/Fifoot/Furmston* S. 301: “... under section 2(2) the court now has a general power to give damages in lieu of rescission”.

466. Erst seit wenigen Jahren ist es auch nach dem Auslegungskanon des englischen Rechts zulässig, die Entstehungsgeschichte eines Legislativaktes bei seiner Interpretation heranzuziehen, vgl. *Pepper v Hart* [1993] A.C. 593.

467. *Treitel* S. 349.

vertragsbrüchigen Verkäufer gegenüber ausgeübt. Die Erklärung bedarf zu ihrer Wirksamkeit keiner besonderen Form, solange der Verkäufer klar und eindeutig erkennen kann, dass der Käufer den Vertrag als beendet ansieht. Eine ausdrückliche Benachrichtigung seitens des Käufers ist entbehrlich.⁴⁶⁸

Die Ausübung des Rechts bewirkt, dass der Vertrag *ex nunc* mit Wirkung für die Zukunft beendet wird.⁴⁶⁹ Primäre Vertragspflichten, die zur Zeit der Auflösung noch nicht fällig waren, erlöschen.⁴⁷⁰ Vor der Beendigung fällige und durchsetzbare Verpflichtungen zwischen den Parteien sind hingegen in vollem Umfang zu erfüllen.⁴⁷¹ Schon vor Fälligkeit erbrachte Leistungen, zum Beispiel Vorauszahlungen, können hingegen zurückgefordert werden.⁴⁷² Für den Unternehmenskäufer ist bedeutsam, dass seine etwaige persönliche Haftung für vor der Auflösungserklärung entstandene Verpflichtungen des Unternehmens gegenüber Dritten ebenfalls bestehen bleibt.⁴⁷³ Dem Käufer daraus entstehende Nachteile werden im Rahmen des von der Vertragsbeendigung unabhängigen Schadensersatzanspruches ausgeglichen, der sich gleichermaßen auf den Ausgleich vor und nach der Beendigung erlittener Schadenspositionen bezieht.⁴⁷⁴

Diejenigen Pflichten, die nach ihrem Inhalt gerade über die Vertragsbeendigung hinaus wirken sollen, bleiben aufrecht erhalten. Dies gilt insbesondere für Schiedsklauseln⁴⁷⁵ sowie für Abreden, die Einsicht in Dokumente der jeweils anderen Partei zulassen, um Bestehen und Umfang vertraglicher Rechte klären zu können.⁴⁷⁶

468. *Vitol SA v Norelf Ltd (The "Santa Clara")* [1996] A.C. 800, 801 f.

469. *Heyman v Darwins Ltd* [1942] A.C. 356, 399 *per Lord Porter*: "... the injured party is hereby absolved from future performance of his obligations under the contract ..." Dies wurde ausdrücklich bekräftigt in der Entscheidung *Johnson v Agnew* [1980] A.C. 367, 393.

470. *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827, 849; *General Billposting Co Ltd v Atkinson* [1909] A.C. 118; *Briggs v Oates* [1990] I.C.R. 473.

471. *Hyundai Shipbuilding & Heavy Industries Co v Pournaras* [1978] 2 Lloyd's Rep. 502; *Stocznia Gdanska SA v Latvian Shipping Co* [1998] 1 Lloyd's Rep. 609.

472. *Bragg v Villanova* (1923) 40 T.L.R. 154; *Baldry v Marshall* [1925] 1 K.B. 260.

473. *Hurst v Bryk* [1999] Ch. 1 bezogen auf den Fall des Erwerbs von Anteilen an einer Personengesellschaft ("partnership").

474. *Leslie Shipping Co v Welstead (The "Raithwaite")* [1921] 3 K.B. 420; *Yeoman Credit Ltd v Wargowski* [1961] 3 All E.R. 145; *Hyundai Heavy Industries Ltd v Papadopoulos* [1980] 2 Lloyd's Rep. 1, 9 f.; *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827, 849.

475. *Heyman v Darwins Ltd* [1942] A.C. 356.

Die Ausübung dieses Gestaltungsrechts hat endgültige Wirkung; sie kann von den Parteien nicht mehr rückgängig gemacht werden.⁴⁷⁷ Allerdings kann ein Gericht eine Auflösungserklärung für unbeachtlich erklären und den Vertrag aufrecht erhalten, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung von “damages in lieu of rescission” nach Misrepresentation Act 1967, s 2(2) erfüllt sind.⁴⁷⁸

4. Einreden gegen das Recht zur Vertragsbeendigung

a) Ausschluss und Begrenzung des Rechts auf Vertragsbeendigung *ex ante*

Das Recht, den Vertrag wegen einer Vertragsverletzung für beendet zu erklären, kann von den Parteien durch sogenannte “non-cancellation clauses” einzelvertraglich mit der Wirkung ausgeschlossen werden, dass es von vornherein nicht zur Entstehung kommt.⁴⁷⁹ Das ist zu unterscheiden von dem nachträglichen Verzicht (“waiver”) auf ein schon entstandenes Recht zur Vertragsbeendigung, das anschließend erörtert wird.⁴⁸⁰

i) Wirksamkeitsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen für die Wirksamkeit von Klauseln, die das Recht zur Vertragsbeendigung einschränken oder ausschließen, entsprechen den für die wirksame Begrenzung oder Ausschluss von vertraglichen Schadensersatzansprüchen geltenden Anforderungen. Insofern wird vollumfänglich auf die Ausführungen ab Seite 136 verwiesen.

476. *The Yasuda Fire & Marine Insurance Co of Europe Ltd v Orion Marine Insurance Underwriting Agency Ltd and Orion Insurance Co plc* [1995] 1 Lloyd’s Rep. 525.

477. *Scarf v Jardine* (1882) 7 App.Cas. 345, 361. In gleichem Maße ist das Erlöschen des Rechts infolge einer Bestätigung des Vertrages (“affirmation”) endgültig.

478. Siehe dazu oben Seite 96.

479. *Dolphin Hellas Shipping SA v Itemslot Ltd (The “Aegean Dolphin”)* [1992] 2 Lloyd’s Rep. 178.

480. Siehe ab Seite 180.

ii) Wirkung von Ausschluss oder Begrenzung des Schadensersatzanspruchs

Werden Schadensersatzansprüche vertraglich begrenzt oder ausgeschlossen, hat dies keine Auswirkungen auf ein etwaiges Recht zur Vertragsbeendigung.⁴⁸¹ Umgekehrt bleibt das Recht, Schadensersatz zu verlangen, von einem Ausschluss oder einer Begrenzung des Rechts unberührt, den Vertrag für beendet zu erklären.⁴⁸² Der Umfang eines Haftungsausschlusses bzw. einer Haftungsbegrenzung ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln.

b) Verzicht auf das Recht zur Vertragsbeendigung *ex post*

Der Unternehmenskäufer hat die Möglichkeit, mittels "election" auf ein ihm wegen einer konkreten Vertragsverletzung zustehendes Beendigungsrecht zu verzichten und am Vertrag festzuhalten.⁴⁸³ Ein derartiger Verzicht wird als "waiver" bezeichnet. Auf anderen Vertragsverletzungen beruhende, separate Beendigungsrechte werden davon nicht berührt.⁴⁸⁴ Als Synonym zu der Bezeichnung "election" wird auch "affirmation" gebraucht.⁴⁸⁵ Wenn der Unternehmenskäufer den Vertrag bestätigt, erlischt sein Recht, den Vertrag zu beenden.⁴⁸⁶ Ein gleichzeitig begründeter Anspruch auf Schadensersatz besteht dessen ungeachtet fort.⁴⁸⁷

481. *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A.C. 361.

482. *Toomey v Eagle Star Insurance Co* [1995] 2 Lloyd's Rep. 88.

483. Der Wortsinn dieses auf den ersten Blick irreführenden Begriffs wird deutlich, wenn man seine Verwendung im Gesamtzusammenhang betrachtet. Sale of Goods Act 1979, s 11(2) beispielsweise lautet: "... [the buyer] may elect to treat the breach of condition as a breach of warranty and not as a ground for treating the contract as repudiated." Erhellend ist ferner die Definition der "election" in *Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries SA v Shipping Corporation of India (The "Kanchenjunga")* [1990] 1 Lloyd's Rep. 391, 398: "abandonment of a right which arises by virtue of a party making an election".

484. *S.N. Kurkjian (Commodity Brokers) Ltd v Marketing Exchange for Africa Ltd* [1986] 2 Lloyd's Rep. 614.

485. *Peyman v Lanjani* [1985] Ch. 457; *Sea Calm Shipping Co SA v Chantiers Navals d'Esterel SA (The "Uhenbels")* [1986] 2 Lloyd's Rep. 294; *Yukong Line Ltd of Korea v Rendsburg Investments Corporation of Liberia* [1996] 2 Lloyd's Rep. 604, 607.

486. Siehe Seite 100 betreffend die Auswirkungen der "affirmation" auf das Recht, den Vertrag wegen vorvertraglicher falscher Tatsachenerklärung auflösen zu können.

487. *Bentsen v Taylor, Sons & Co (2)* [1893] 2 Q.B. 274; *Chandris v Isbrandtsen-Moller Co Inc* [1951] 1 K.B. 240; *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A.C. 361; *Aruna Mills Ltd v Dhanrajmal Gobindram* [1968] 1 Q.B. 655; *Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries SA v Shipping Corporation of India (The "Kanchenjunga")* [1990] 1 Lloyd's Rep. 391, 393, 397, 401.

Davon zu unterscheiden ist ein Verzicht auf die Gesamtheit der vertraglichen Gewährleistungsrechte durch “waiver”: außer einem eventuellen Kündigungsrecht erlöschen dann auch vertragliche Ansprüche auf Schadensersatz.⁴⁸⁸ Dies wird mitunter durch den Zusatz “total waiver” klargestellt.⁴⁸⁹

Irreführend ist, dass der Begriff “waiver” ebenfalls gebraucht wird, um den Verzicht auf einzelne Rechte im Sinne der oben erläuterten “election” zu beschreiben.⁴⁹⁰ Ferner werden auch die Auflösung des Vertrags (“rescission”)⁴⁹¹ sowie eine vertragsändernde Vereinbarung (“variation”)⁴⁹² als “waiver” bezeichnet. Im Interesse terminologischer Klarheit wird ein Verzicht auf sämtliche Gewährleistungsrechte daher im folgenden präzisierend als “total waiver” oder “waiver by estoppel” bezeichnet, während “election”, affirmation” oder “waiver by election” sich als Gegenbegriffe dazu auf den Verzicht auf ein Vertragsbeendigungsrecht beziehen.⁴⁹³

Sowohl “election” als auch “total waiver” müssen klar und eindeutig zum Ausdruck gebracht werden, um wirksam zu sein.⁴⁹⁴ Das kann entweder durch ausdrückliche Erklärung oder durch konkludentes Handeln geschehen.⁴⁹⁵ Aus bloßer Untätigkeit allein kann hingegen in aller Regel weder eine “election” noch ein “waiver by estoppel” hergeleitet werden.⁴⁹⁶

488. *Ets. Soules & Cie v International Trade Development Co Ltd* [1980] 1 Lloyd’s Rep. 129, 137 f.; *European Grain & Shipping Ltd v Peter Cremer* [1983] 1 Lloyd’s Rep. 211.

489. *Chitty*, Bd. 1, 23-045 Fn. 79.

490. *Keith, Prowse & Co v National Telephone Company* (1894) 2 Ch. 147; *Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries SA v Shipping Corporation of India (The “Kanchenjunga”)* [1990] 1 Lloyd’s Rep. 391, 398.

491. *Price v Dyer* (1810) 17 Ves. 356, 364.

492. *Brikom Investments Ltd v Carr* [1979] Q.B. 467, 488 per Roskill LJ, 491 per Cumming-Bruce LJ.

493. Die Wortwahl folgt der bei *Chitty*, Bd. 1, 23-145, 25-006 verwendeten Terminologie.

494. Vgl. *Peyman v Lanjani* [1985] Ch. 457, 501; *Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries SA v Shipping Corporation of India (The “Kanchenjunga”)* [1990] 1 Lloyd’s Rep. 391, 399 betreffend die “election” sowie *Finagrain SA Geneva v P. Kruse Hamburg* [1976] 2 Lloyd’s Rep. 508, 534; *Bremer Handelsgesellschaft mbH v Vanden Avenne Izegem PVBA* [1978] 2 Lloyd’s Rep. 109, 126.

495. *Thomas Hughes v The Directors, &C, of The Metropolitan Railway Company* (1877) 2 App.Cas. 439; *Spence v Shell* (1980) 256 E.G. 55, 63.

496. *Allied Marine Transport Ltd v Vale do Rio Doce Navegação SA (The “Leonidas D”)* [1985] 2 Lloyd’s Rep. 18, 25.

Damit ein “total waiver” wirksam ist, muss der Unternehmensverkäufer im Vertrauen auf die Verzichtserklärung des Käufers seine Situation so verändert haben, dass dies im weiteren Sinne als Gegenleistung für die durch den Verzicht auf Gewährleistungsrechte verursachte Schlechterstellung des Käufers verstanden werden kann.⁴⁹⁷ Dass eine “election” hingegen ohne eine sogenannte “reliance” wirksam ist, lässt sich damit erklären, dass sie – anders als ein “total waiver” – den Käufer im Endergebnis nicht schlechter stellt: Auch wenn er auf das Recht zur Vertragsbeendigung verzichtet, kann der Käufer verlangen, dass ihm sämtliche durch eine Vertragsverletzung entstehenden Nachteile im Wege des Schadensersatzes ausgeglichen werden.⁴⁹⁸

Allerdings setzt eine “election” die Kenntnis des Käufers voraus, dass er im konkreten Einzelfall dazu berechtigt ist, den Vertrag für beendet zu erklären.⁴⁹⁹ Etwas anderes gilt nur für den in Sale of Goods Act 1979, s 11(4) geregelten Sonderfall, soweit der Käufer im Rahmen eines “asset deal” die gekauften Vermögensgegenstände akzeptiert hat.

c) Verjährung

Das Recht, den Vertrag für beendet zu erklären, verjährt gemäß Limitation Act 1980, s 5 grundsätzlich sechs Jahre nach seinem Entstehen. In Bezug auf Ausnahmen von dieser Regel, Einzelheiten zur Berechnung der Verjährungsfrist und abweichende vertragliche Regelungen wird vollinhaltlich auf die Ausführungen ab Seite 147 verwiesen.

497. *Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd SA v Nigerian Produce Marketing Co Ltd* [1972] A.C. 741, 755, 758, 761 f., 767 f., 781; *W.J. Alan & Co Ltd v El Nasr Export & Import Ltd* [1972] 2 Q.B. 189, 212 ff.; *Cerealmangimi SpA v Alfred C Toepfer (The “Eurometal”)* [1981] 3 All E.R. 533; *Cook Industries Inc v Meunerie Liegeois SA* [1981] 1 Lloyd’s Rep. 359, 368.

498. *Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries SA v Shipping Corporation of India (The “Kanchenjunga”)* [1990] 1 Lloyd’s Rep. 391, 398. Die Interpretation des Kriteriums der “reliance” wirft die Frage auf, ob hier die Grundsätze der “consideration” Anwendung finden, einer dem “common law” eigentümlichen Wirksamkeitsvoraussetzung für Verträge. Diese in dogmatischer Hinsicht wichtige Frage ist für die vorliegende Arbeit jedoch irrelevant und bleibt folglich außer Betracht. Eine eingehende rechtsvergleichende Analyse der “consideration” bietet *Maresinis* [1978] C.L.J. 53.

499. *Peyman v Lanjani* [1985] Ch. 457; *Yukong Line Ltd of Korea v Rendsburg Investments Corporation of Liberia* [1996] 2 Lloyd’s Rep. 604, 608 f.

III. Erfüllung der Primärverpflichtung: “specific performance”

Je nach den Umständen des Einzelfalles kann dem Unternehmenskäufer daran gelegen sein, eine Vertragsverletzung nicht hinnehmen zu müssen, wenn weder Schadensersatz noch Vertragsbeendigung wirtschaftlich befriedigende Resultate hervorbrächten. Dies kann relevant werden, wenn der Unternehmensverkäufer einzelne Pflichten bewusst nicht erfüllt, weil sich ausnahmsweise die Zahlung von Schadensersatz als günstiger erweist. Damit stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Unternehmenskäufer die vollständige Erfüllung des Vertrages (“specific performance”) durchsetzen kann. Das englische Recht weist die Besonderheit auf, dass dem aus einem Vertrag Berechtigten bei Schlecht- oder sogar Nichterfüllung vorrangig Schadensersatz gewährt wird, während die primäre Erfüllungspflicht nur ausnahmsweise gerichtlich durchgesetzt werden kann. Dies lässt sich darauf zurückführen, dass sich die Kompetenz der früheren “common law courts” zur Durchsetzung individualvertraglicher Pflichten auf Verpflichtungen zu Geldzahlungen beschränkte. Pflichten mit anderem Leistungsinhalt konnten nur von “courts of equity” vollstreckt werden. Die ursprünglich von den “courts of equity” entwickelten Voraussetzungen für die gerichtliche Durchsetzbarkeit einer primären Leistungspflicht sind weiterhin maßgeblich:

Erforderlich ist zunächst, dass Schadensersatz im Einzelfall nicht als ausreichend anzusehen ist (“no adequate remedy”).⁵⁰⁰ Das kann zu bejahen sein, wenn der Schadensumfang schwierig zu bestimmen ist, weil die vertraglich geschuldete Leistung keinen Marktwert hat.⁵⁰¹ Beispielsweise ist es bei einem Unternehmenskauf denkbar, dass mitverkaufte Software veraltet und für Dritte wertlos ist, während das verkaufte Unternehmen zwingend auf sie angewiesen ist. Entspricht diese Software nicht den vertraglichen Anforderungen, wäre ein Schadensersatzanspruch nur unter Schwierigkeiten zu quantifizieren. Schadensersatz wäre zudem nur dann adäquat, wenn der Käufer selbst oder mit Hilfe Dritter Abhilfe schaffen könnte. Ist hingegen nur der Verkäufer selbst dazu in der Lage, die Software in den geschuldeten Zustand zu versetzen, ist dem Käufer allein mit “specific performance” gedient.

500. *Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] A.C. 1, 11.

501. *Ashton v Corrigan* (1871) L.R. 13 Eq. 76; *Beswick v Beswick* [1968] A.C. 58; *Swiss Bank Corp v Lloyd's Bank Ltd* [1982] A.C. 584, 595, 610.

Ferner ist ein Anspruch auf Primärerfüllung in das Ermessen des Gerichts gestellt (“discretionary remedy”).⁵⁰² Bei der Ausübung des Ermessens wird beispielsweise berücksichtigt, ob die Vertragserfüllung für den Schuldner eine unzumutbare Härte (“severe hardship”) bedeuten würde⁵⁰³ oder ob die für die Erfüllung versprochene Gegenleistung unangemessen ist (“inadequacy of consideration”).⁵⁰⁴

Die Parteien eines Unternehmenskaufvertrags können versuchen, die aus dem Ermessensspielraum resultierende Unsicherheit durch eine Vereinbarung im Einzelfall zu minimieren. Allerdings ist es nicht zulässig, einen Anspruch auf primäre Erfüllung vertraglich auszuschließen.⁵⁰⁵ Ohne Verstoß gegen diese Regel wird mitunter durch vertragliche Vereinbarung positiv festgelegt, unter welchen Voraussetzungen eine primäre Erfüllung zwingend ist. Eine Standardklausel lautet etwa:

“Should one or several of the warranties assumed by the Vendor be incorrect, or should one or several of the representations made by the Vendors in the contract negotiations be incorrect, the Purchaser shall be entitled to demand, at its choice, that conditions which are in accordance with the contractual provisions be created, that the purchase price be reduced, or that it be paid damages.”

502. *Stickney v Keeble* [1915] A.C. 386, 419.

503. *Denne v Light* (1857) 8 D.M. & G. 774.

504. *Collier v Brown* (1788) 1 Cox C.C. 428; *Mortlock v Buller* (1804) 10 Ves. 292.

505. *Quadrant Visual Communications Ltd v Hutchison Telephone (UK)* [1993] B.C.L.C. 442.

4. TEIL: KOMPARATIVE ANALYSE

Der abschließende Teil dieser Arbeit befasst sich mit zwei Aspekten:

Zunächst werden in den Abschnitten A. und B. prägnante Unterschiede zwischen deutschem und englischem Gewährleistungsrecht sowie ihre Ursachen herausgearbeitet.

Sodann wird in Abschnitt C. erörtert, ob sich die nach englischem Recht möglichen Resultate durch entsprechende Gestaltung von Unternehmenskaufverträgen nach deutschem Recht erreichen lassen. Damit stellt sich die Frage der Übertragbarkeit englischer Regeln in deutsches Recht.

A. Wesentliche Unterschiede

Die für den Unternehmenskauf relevanten englischen und deutschen Gewährleistungsregeln lassen sich auf verschiedenen Abstraktionsebenen vergleichen. Während eine komparative Analyse im Wege der Mikro-Vergleichung sich an Details orientiert, versucht die Makro-Vergleichung, das Gesamtbild zu erfassen.¹ Abhängig davon, ob man einzelne Tatbestandsmerkmale, die Tatbestände als solche oder das gesamte System des jeweiligen Gewährleistungsrechts betrachtet, treten im Rahmen der komparativen Analyse unterschiedliche Aspekte in den Vordergrund. Die Distanz des rechtsvergleichenden Betrachters zum Objekt der Analyse wird daher im Rahmen der folgenden Darstellung variiert:

Zunächst werden die Merkmale einzelner Haftungstatbestände im Detail betrachtet. Sodann werden – geordnet nach dem Grad zunehmender Distanz bei der Betrachtung – wesentliche Charakteristika des deutschen und englischen Gewährleistungsrechts im Ganzen untersucht. Schließlich werden signifikante Differenzen in Ideologie und Stil der verglichenen Systeme aus komparatistischer Sicht analysiert.

Auf diese Weise wird Schritt für Schritt ein Perspektivenwechsel bei der Betrachtung vollzogen, der mit einer Kameraführung von der Detailwiedergabe zur Panoramaaufnahme verglichen werden kann, einem sogenannten „Heraus-Zoomen“.

1. Im englischen Sprachgebrauch werden die Begriffe „microcomparison“ und „macrocomparison“ verwendet; vgl. *Hyland* S. 184; *Zweigert/Kötz – Weir* S. 4 f.

I. Terminologie: Eindeutigkeit gegenüber Mehrdeutigkeit

Im Mittelpunkt der komparativen Detailbetrachtung steht der Bedeutungsgehalt einzelner haftungsbegründender Tatbestände des Gewährleistungsrechts. Eine semantische Analyse des Bedeutungsgehalts der oben dargestellten Gewährleistungsnormen ergibt, dass die Terminologie des deutschen Gewährleistungsrechts eindeutig ist, während das englische Recht mit mehrdeutigen Begriffen operiert. Mit der Umschreibung „eindeutige Terminologie“ ist gemeint, dass jedem Rechtsbegriff stets nur eine einzige Wortbedeutung zugewiesen ist.

1. Deutschland

Die im BGB gebrauchten Tatbestandsmerkmale (Fehler, zugesicherte Eigenschaft) und Rechtsfolgen (Wandelung und Minderung) sind im obigen Sinne ebenso eindeutig wie das in Rechtsprechung und Lehre entwickelte Vokabular, das zur weiteren Definition dieser Begriffe (Beschaffenheit) benötigt wird.

Zwar herrscht bezüglich einiger dieser Termini Streit darüber, wie die zutreffende Definition zu lauten hat, doch wird dadurch nicht in Frage gestellt, dass keine kumulativ nebeneinander gültigen Wortbedeutungen existieren dürfen. Beispielsweise wird der Fehlerbegriff entweder subjektiv², objektiv³ oder gemischt subjektiv-objektiv⁴ definiert. Jede dieser verschiedenen Wortbedeutungen ist genau einem Kontext zuzuordnen, d. h. dem Grundtatbestand qualitativer Defizite eines gekauften Gegenstandes. Irreführungen werden dadurch vermieden, dass dem Begriff „Fehler“ keine anderen Wortbedeutungen zugewiesen sind; qualitative Defizite der Willensbildung etwa werden nicht als „Fehler“, sondern als „Irrtümer“ bezeichnet.⁵

Selbst wenn nach dem gemischt subjektiv-objektiven Fehlerbegriff eine Kombination von Begriffsinhalten vorgeschlagen wird, erweitert dies die Wortbedeutung lediglich innerhalb desselben gedanklichen Zusammenhangs. Die Eindeutigkeit der Terminologie wird stets gewahrt.

2. *Soergel – Huber* vor § 459 Rn. 35 ff.

3. *Knöpfle* NJW 1987, 801, 807; *ders.* JuS 1988, 767, 770 f.

4. *Palandt – Putzo* § 459 Rn. 8.

5. Dieses Beispiel verdeutlicht, dass bei der Übersetzung englischer Rechtsterminologie höchste Vorsicht geboten ist. Obwohl das Wort “mistake” laut Wörterbuch mit „Fehler“ übersetzt werden kann, lautet die juristisch korrekte Übersetzung „Irrtum“.

Dieses Prinzip wird systemübergreifend im gesamten BGB eingehalten: Die im Kontext des Gewährleistungsrechts verwendeten Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen finden sich auch in anderen Sinnzusammenhängen: Zum Beispiel ist der Sachbegriff in §§ 985 ff. BGB ebenso anzutreffen wie im Kaufrecht. Terminologische Eindeutigkeit wird dadurch garantiert, dass gleichlautende Begriffe in sämtlichen Zusammenhängen identisch definiert werden. Der Sachbegriff etwa ist für alle Regelungsgebiete des bürgerlichen Rechts im Allgemeinen Teil gemäß § 90 BGB legaldefiniert. Die Verwendung klarer Begrifflichkeit trägt insofern dazu bei, Widersprüche im Gesamtsystem des Zivilrechts zu vermeiden. Die rigorose Konstruktion eines in sich schlüssigen, logischen Systems prägt das deutsche Zivilrecht derart, dass das BGB als „das Privatgesetzbuch mit der präzisesten, konsequentesten Rechtssprache vielleicht aller Zeiten“ qualifiziert wird.⁶

Mehrdeutige Begriffe finden sich lediglich, wenn das Gesetz keine Regelung trifft und die Parteien die vertraglichen Rechte und Pflichten privatautonom gestalten. Beispielsweise kann der Terminus „Garantie“ eine Zusicherung im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB, ein unselbständiges Garantieverprechen oder eine selbständige Garantvereinbarung nach §§ 305, 241 BGB bezeichnen.⁷ Diese Unschärfe lässt die terminologische Eindeutigkeit des Gesetzesrechts jedoch unberührt. Sie beruht allein darauf, dass im Rahmen der Vertragsfreiheit mögliche Vereinbarungen verschiedenen Inhalts unter einem Sammelbegriff zusammengefasst werden.

2. England

Dem englischen Gewährleistungsrecht fehlt eine kohärente Fachterminologie. Gleichlautende Begriffe weisen je nach Zusammenhang verschiedene Bedeutungen auf: Das Tatbestandsmerkmal „representation“⁸ ist ebenso doppeldeutig wie die als „rescission“ umschriebene Rechtsfolge⁹. Der Terminus „condition“ hat sogar fünf je nach Kontext voneinander abweichende Bedeutungen.¹⁰

6. *Gmür* S. 28.

7. *Hölters – Semler* VI Rn. 122; *G. Müller* ZIP 1981, 707.

8. Siehe die Erläuterungen oben auf Seite 78.

9. Vgl. dazu oben Seite 104.

10. Die verschiedenen Begriffsinhalte werden ab Seite 157 erläutert.

Die daraus resultierende Unklarheit wirkt sich nachteilig auf die sogenannten Transaktionskosten aus: Die Parteien können nicht erkennen, welche gegenseitigen Rechte und Pflichten bestehen, insbesondere wann der Käufer zu Schadensersatz, Auflösung oder Beendigung des Vertrags berechtigt ist. Daher sind sie gezwungen, diese Fragen durch einzelvertragliche Abreden zu klären. Die Parteien selbst sind jedoch normalerweise nicht in der Lage, die nötigen Klauseln zu entwerfen. Eine zusammenhängende Kodifikation, die dem Laien zumindest elementare Hinweise auf die zu regelnden Einzelheiten geben könnte, existiert nicht. Das Fallrecht ist rein chronologisch in einer Vielzahl von "law reports" gesammelt, die dem Laien nicht zur Verfügung stehen. Ferner ist das relevante Fallrecht so komplex, dass es ohne juristische Ausbildung praktisch nicht zu durchdringen ist. Deswegen ist es selbst bei einfach strukturierten Unternehmensverkäufen ratsam, einen darauf spezialisierten "solicitor" mit der Gestaltung des Vertrages zu beauftragen.

Im einzelnen sieht die Vertragsgestaltung in der Praxis üblicherweise wie folgt aus. Dem eigentlichen Vertrag wird ein Katalog vorangestellt, der knappe Beschreibungen sämtlicher relevanten Rechtsbegriffe enthält. Darin heißt es unter anderem:

"In this Agreement, unless the context otherwise requires, the following expressions shall have the following meanings:

'Conditions': those matters listed in sub-clause [2.1]

'Warranties': the warranties and representations referred to in clause [8] and set out in Schedule [3], and 'Warranty' means any one of them."¹¹

Diese Beschreibungen nehmen Bezug auf Paragraphen im Hauptteil des Kaufvertrags, in denen detaillierte Definitionen enthalten sind. Hier liegt der „operative Teil“ der Gewährleistungsabreden, in denen der Haftungsumfang abstrakt umrissen wird. In ihnen wird festgelegt, welche Schadensersatzansprüche und Rechte zur Vertragsauflösung oder -beendigung zur Verfügung stehen sollen. Die Anhangdokumente ("schedules") schließlich beinhalten eine Liste aller Merkmale des verkauften Unternehmens sowie äußerer Umstände, auf die sich die Definitionen

11. Die Beispiele stammen aus den ausführlichen Musterverträgen "Sale Purchase Agreement" und "Business Transfer Agreement" in *Beswick/Wine* S. 265 ff., 329 ff. Weitere, sehr umfangreiche Muster sind bei *Knight* S. 375 ff., 501 ff. zu finden.

beziehen. Durch diese Aufteilung wird erreicht, dass die Verhandlungen über den „operativen Teil“ der Gewährleistungsverpflichtungen sich auf überschaubare Klauseln konzentrieren können. Die beim Verkauf großer Unternehmen kaum überschaubare Detailflut wird in die “schedules” ausgelagert.

Regelmäßig an Unternehmenskäufen beteiligte Investoren und Anwaltskanzleien greifen für die ersten Entwürfe auf standardisierte Terminologie zurück.¹² Viele Anwaltsfirmen prägen durch interne Schulung der bei ihnen angestellten Juristen ein firmenspezifisches Vokabular, das auf dem individuellen Erfahrungsschatz der jeweiligen Kanzlei beruht. Deshalb hängen die Einzelheiten der in Vertragsentwürfen verwendeten Begrifflichkeit davon ab, welche Kanzleien die Parteien eines Unternehmenskaufs beraten. In den auf die Übergabe des ersten Entwurfs folgenden Verhandlungsetappen werden die Definitionen an die individuelle Transaktion angepasst. Die dafür erforderliche wirtschaftsrechtliche Betreuung ist äußerst kostspielig, da spezialisierte Berater ihre Dienstleistungen nach stattlichen Stundensätzen abrechnen.

Die Bedeutung der Mehrdeutigkeit englischer Rechtsbegriffe für den Beratungsbedarf der Parteien darf jedoch nicht überschätzt werden. Ihre Relevanz für die Transaktionskosten relativiert sich vor dem Hintergrund, dass ein Unternehmenskauf wirtschaftlich und juristisch so komplex ist, dass es selbst bei klarer Terminologie ohnehin unerlässlich wäre, sich von Spezialisten beraten zu lassen. Das auf unklare Terminologie zurückzuführende Mehr an Beratungsbedarf erscheint im Verhältnis zum Gesamtaufwand der Beratung als verschwindend gering. Trotzdem bleibt festzuhalten, dass die auf der unklaren Begrifflichkeit der Terminologie des englischen Gewährleistungsrechts beruhenden Transaktionskosten vermeidbar wären.

II. Anknüpfungspunkt der zentralen haftungsbegründenden Merkmale

Die Gewährleistungshaftung beim Unternehmenskauf wird dadurch ausgelöst, dass das verkaufte Unternehmen hinter den Anforderungen zurückbleibt, denen es nach gesetzlichen, vorvertraglichen oder vertraglichen Maßstäben zu genügen hat. Die Regelungen des deutschen und englischen Rechts lassen sich im Hinblick darauf vergleichen, wie diese Anforderungen formuliert werden. Dabei tritt zutage, dass die Haftungsvoraussetzungen an unterschiedliche Merkmale anknüpfen.

12. *Sinclair* S. x (Preface).

1. Deutschland

Die Gewährleistungsregeln des BGB setzen tatbestandlich voraus, dass eine Sache oder ein Recht verkauft werden. Die Anforderungen an das Kaufobjekt, deren Fehlen eine Gewährleistungshaftung auslösen kann, müssen nach deutschem Recht unmittelbar in dem Kaufobjekt selbst wurzeln. Das geht schon aus der Überschrift zu §§ 459 ff. BGB hervor, die lautet: „Gewährleistung wegen Mängeln der Sache“. Dementsprechend interpretieren Rechtsprechung und Schrifttum den Fehlerbegriff in § 459 Abs. 1 Satz 1 BGB und den Begriff der Eigenschaft in § 459 Abs. 2 BGB so, dass sie sich nur auf Umstände beziehen, die der verkauften Sache unmittelbar und auf gewisse Dauer anhaften.¹³ Ähnlich verhält es sich gemäß § 437 BGB mit dem Rechtskauf: Der Verkäufer haftet für den rechtlichen Bestand des verkauften Rechts. Eine Gewährleistungshaftung kommt nach dem Gewährleistungsrecht des BGB folglich nur für Defizite in Frage, die unmittelbar in dem Kaufobjekt selbst begründet sind.

Beim Kauf eines Unternehmens ergeben sich aus diesem Anknüpfungspunkt Schwierigkeiten. Die vom Gesetz implizierte Annahme, dass ein Kaufobjekt entweder eine Sache oder ein Recht sein muss, lässt sich nicht mit dem Charakter eines Unternehmens als „Organismus“ vereinbaren. Ein Unternehmen stellt eine Ansammlung von Sachen, Rechten und immateriellen Werten dar, die zu komplex ist, um unter den Sachbegriff subsumiert werden zu können. Die Enge des tatbestandlichen Anknüpfungspunktes macht eine Anwendung des kodifizierten Rechts folglich allenfalls im Wege der Analogie möglich. Darüber hinaus existieren Aspekte, die allenfalls mittelbar mit dem verkauften Unternehmen in Berührung stehen und deshalb nicht unter den Begriff des Mangels im Sinne des BGB fallen. Als Beispiel sind Angaben über Umsätze oder zukünftige Gewinne zu nennen.¹⁴ Obwohl diesen Kennzahlen nach dem Konzept des BGB keinerlei Relevanz für eine eventuelle Gewährleistungshaftung zukommt, können sie für einen Käufer von weitaus größerer wirtschaftlicher Bedeutung sein als viele dem Unternehmen unmittelbar anhaftende Eigenschaften bzw. seine Beschaffenheit.

13. Siehe oben auf den Seiten 40 ff. und 42 ff.

14. Siehe oben ab Seite 42.

Daraus ergibt sich eine Diskrepanz zwischen dem gesetzlich geregelten und dem praktisch erforderlichen Umfang der Gewährleistung. Dieses Defizit hat die Rechtsprechung in Deutschland zum Anlass genommen, die Grundsätze der *culpa in contrahendo* ergänzend neben den gesetzlichen Regelungen zur Problemlösung heranzuziehen. Will der Käufer erreichen, dass der Verkäufer auch für Umstände haftet, die über den von BGB und Richterrecht vorgegebenen Umfang hinausgehen, muss er selbständige Garantien aushandeln.¹⁵

Noch offensichtlicher sind die Probleme beim Kauf der Anteile an einer unternehmenstragenden Gesellschaft. Trotz einwandfreien rechtlichen Bestands der verkauften Rechte kann das bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise veräußerte Unternehmen selbst in katastrophalem Zustand sein, ohne dass den Verkäufer nach dem Gewährleistungskonzept des BGB jegliche Haftung träfe. Dieses unbillige Ergebnis lässt sich innerhalb der gedanklichen Grenzen des BGB wiederum nur mit Hilfe einer Analogie vermeiden. Allerdings stehen als Basis für eine solche Analogie nur die Normen des Sachmängelgewährleistungsrechts zur Verfügung, deren Inadäquanz im Kontext des Unternehmenskaufs soeben dargelegt wurde. Die methodischen Schwierigkeiten bei der Anwendung des BGB bestehen daher letztlich unabhängig davon, ob ein Unternehmen als solches oder Geschäftsanteile an einer unternehmenstragenden Gesellschaft verkauft werden.

2. England

Die rechtliche Behandlung der Gewährleistungshaftung des Verkäufers nach englischem Recht erscheint im Vergleich zum deutschen Recht als deutlich flexibler. Das Haftungskonzept des englischen "common law" gründet auf einer komplett subjektiven Bestimmung der Anforderungen an das Kaufobjekt durch die Parteien. Die Parteien können im Rahmen der im 3. Teil der Arbeit dargelegten Voraussetzungen sämtliche ihnen bedeutsam erscheinenden Umstände zum Gegenstand einer vertraglichen Gewährleistungsabrede machen, ohne dass die von den Parteien festgelegten Anforderungen in einer unmittelbaren Beziehung zum Kaufobjekt selbst stehen müssen. Das bedeutet zunächst, dass die Grundsätze der Verkäuferschaft unterschiedslos auf Unternehmenskäufe im Wege des "asset deals" wie auf "share deals" angewendet werden können. Der Vorteil dieser vom Kaufobjekt unabhängigen Anknüpfung liegt im Vergleich zum deutschen Recht darin, dass es nicht der komplizierten Abgrenzung bedarf, wann ein Anteilskauf einem Unternehmenskauf durch Erwerb von Einzelvermögensgegenständen rechtlich gleichzustellen ist.

15. Siehe oben ab Seite 72 ff.

Ferner setzen die Gewährleistungsregeln des “common law” keinerlei besondere Beziehung zwischen den vertraglich vereinbarten Anforderungen und dem Kaufobjekt voraus. Das heißt, dass die Nichteinhaltung der vereinbarten Anforderungen an äußere, dem Kaufgegenstand nicht unmittelbar anhaftende Umstände ohne weiteres eine vertragliche Gewährleistungshaftung auslösen kann. Nach englischem Recht erübrigt sich daher eine Differenzierung dahingehend, welche Aspekte im Wege gewöhnlicher Vertragsvereinbarung vereinbart werden können und welche Anforderungen zum Gegenstand einer separaten Garantie gemacht werden müssen.

Allerdings weisen die englischen Regeln hinsichtlich der Gewährleistungshaftung wegen Vertragsverletzung auch Nachteile auf:

Im Hinblick auf ein eventuelles Recht des Käufers, den Vertrag für beendet zu erklären, ist das Erfordernis der Wesentlichkeit (“substantiality”) zu vage, als dass voraussehbar wäre, wie die Gerichte dieses Merkmal im Einzelfall auslegen werden. Während dies den Richtern große Flexibilität gewährt, schafft es zugleich beträchtliche Rechtsunsicherheit. Klarheit besteht nur insoweit, als eine verletzte Klausel gerichtlich oder gesetzlich definierte, typische “conditions” oder “warranties” enthält. Soweit die Parteien auch darüber hinaus Rechtssicherheit erzielen wollen, müssen sie unter Ausnutzung ihrer Vertragsfreiheit eindeutige Rechtsfolgen für die Nichteinhaltung solcher vertraglicher Vereinbarungen präzisieren, die noch nicht durch Gesetz oder ständige Rechtsprechung als “condition” oder “warranty” klassifiziert wurden.¹⁶

In gleicher Weise besteht für die Parteien Regelungsbedarf, wenn die Gerichte eine bestimmte Art von Vertragsklausel als “innominate term” eingestuft haben. Soweit die Folgen einer derartigen Klausel im voraus berechenbar gemacht werden sollen, müssen denkbare Verletzungen antizipiert und einer bestimmten Rechtsfolge zugewiesen werden. Fordert eine Vertragsklausel beispielsweise, der Verkäufer müsse das veräußerte Unternehmen „mit kaufmännischer Sorgfalt geführt” haben, umfasst dies eine Vielzahl unterschiedlich schwerer Verletzungen. Insbesondere sind im Hinblick auf die Beachtung der kaufmännischen Buchhaltungsvorschriften Verstöße verschiedensten Schweregrades denkbar. Wegen der inhaltlichen Unschärfe des vertraglichen Versprechens ist wahrscheinlich, dass diese Klausel von den Gerichten im Streitfall als “innominate term” eingestuft werden würde. Deshalb empfiehlt es sich in diesem Beispiel, innerhalb einer “promissory condition” zu

16. *Cheshire/Fifoot/Furmston* S. 157.

definieren, welche Buchhaltungsvorschriften im einzelnen verletzt sein müssen, damit der Käufer den Vertrag beenden kann. Im Allgemeinen sollten sämtliche Klauseln, über deren Einordnung keine absolute Sicherheit besteht, einzelvertraglich entweder als “condition” oder als “warranty” qualifiziert werden.

Die Gerichte sind bemüht, dem Bedürfnis der Parteien nach Rechtssicherheit nachzukommen. Ausdrückliche Überlegungen zur Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung stellt beispielsweise *Lord Justice Megaw* in der Entscheidung *Maredelanto Compania Naviera SA v Bergbau-Handel GmbH* an:

“One of the essential elements of law is some measure of uniformity. One of the important elements of the law is predictability. At any rate in commercial law, there are obvious and substantial advantages in having, where possible, a firm and definite rule for a particular class of legal relationship: for example, as here, the legal categorisation of a particular, definable type of contractual clause in common use. It is surely much better, both for shipowners and charterers (and, incidentally, for their advisers), when a contractual obligation of this nature is under consideration, and still more when they are faced with the necessity for an urgent decision as to the effects of a suspected breach of it, to be able to say categorically: ‘If a breach is proved, then the charterer can put an end to the contract,’ rather than that they should be left to ponder whether or not the courts would be likely, in the particular case, when the evidence has been heard, to decide that in the particular circumstances the breach was or was not such as ‘to go to the root of the contract.’ Where justice does not require greater flexibility, there is everything to be said for, and nothing against, a degree of rigidity in legal principle.”¹⁷

Dieser Aussage lässt sich entnehmen, dass *Lord Justice Megaw* eine rigorose Dichotomie von “conditions” und “warranties” favorisiert. Sie erleichtert es, die rechtlichen Wirkungen von Vertragsabreden exakt vorherzusehen. Aus diesem Grund sollten Klauseln nur ausnahmsweise als “innominate terms” eingeordnet werden, wenn dies unerlässlich erscheint, um den Gerichten die zur Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit nötige Flexibilität einzuräumen.

17. *Maredelanto Compania Naviera SA v Bergbau-Handel GmbH (The “Mihalis Angelos”)* [1971] 1 Q.B. 164, 205 per Megaw LJ.

III. Offene Tatbestände

Ein weiterer Unterschied zwischen den Regeln des deutschen und englischen Gewährleistungsrechts wird erkennbar, wenn man die Interaktion zwischen Tatbestandsmerkmalen und Rechtsfolgen der Haftungsregelungen betrachtet.

Wie oben dargelegt,¹⁸ ist mit dem Ausdruck „offener Tatbestand“ eine Norm gemeint, deren Tatbestandsmerkmale nicht klar von der Rechtsfolge getrennt sind. Der Tatbestand wird rekursiv mit Blick auf die Rechtsfolge definiert, so dass das logische Denkmodell lautet „wenn B angemessen erscheint, dann ist A erfüllt und zieht B nach sich“. Die im Tatbestand formulierten Voraussetzungen basieren darauf, welche Rechtsfolge erwünscht ist.

1. Deutschland

Dem deutschen Gewährleistungsrecht sind offene Tatbestände fremd. Die im BGB verwendeten Tatbestandsmerkmale lassen sich von der ihnen zugeordneten Rechtsfolge klar separieren. Lediglich im öffentlichen Recht werden unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensnormen verwendet, um die Normanwendung zu flexibilisieren. Im bürgerlichen Recht hingegen sind allenfalls die sogenannten Generalklauseln darauf ausgelegt, der Judikative einen Entscheidungsspielraum zu geben. Im übrigen sind Zivilrichter bei der Auslegung darauf verwiesen, den von den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen vorgegebenen Rahmen einzuhalten. Jenseits der Wortlautgrenze ist es nur ausnahmsweise möglich, den Anwendungsbereich kodifizierter Normen im Wege der Analogie zu erweitern.¹⁹ Dabei sind die Übergänge zwischen gesetzesorientierter Analogie und freier richterrechtlicher Rechtsfortbildung mitunter fließend. Als Beispiel lassen sich die Grundsätze der Rechtsprechung zur Gesellschafterhaftung im qualifizierten faktischen Konzern heranziehen. Obwohl der BGH Wert darauf legt, die von ihm entwickelten Regeln im Wege einer Analogie zu §§ 302, 303 AktG zumindest indirekt auf eine gesetzliche Grundlage zurückzuführen, lässt sich kaum verkennen, dass hier dem Grunde nach freie Rechtsfortbildung betrieben wird.²⁰

18. Siehe oben ab Seite 155.

19. *Larenz Methodenlehre* S. 366 ff.

20. *Hüffer* § 302 Rn. 6.

Die Position der Rechtsprechung bezüglich der Gewährleistungshaftung des Unternehmensverkäufers ist in der Mitte zwischen Rechtsanwendung und innovativer Rechtsschaffung zu verorten. Aufgrund der Enge der Tatbestandsmerkmale des Gewährleistungsrechts des BGB lassen sich durch bloße Rechtsanwendung keine befriedigenden Ergebnisse erzielen. Der BGH greift deswegen auf das Instrument der Analogie zurück. Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass die Analogiebildung sich auf das Merkmal der Sache konzentriert. Der Analogieschluss von „Sache“ auf „Unternehmen“ allein ist nicht weitreichend genug, um befriedigende Resultate hervorzubringen. Das liegt daran, dass bei der Subsumtion die Begriffe des „Fehlers“ und der „zugesicherten Eigenschaft“ unverändert beibehalten werden, obwohl ihre Definition gedanklich ebenfalls auf der Annahme beruht, dass das Kaufobjekt eine „Sache“ ist. Dadurch wird der Umstand vernachlässigt, dass die Wertschätzung eines Unternehmens weitaus stärker als die einer Sache auf Umweltbeziehungen beruht, die nicht im Unternehmen selbst begründet liegen. Konsequenz wäre es, auch den Fehlerbegriff und den Begriff der zugesicherten Eigenschaften im Wege der doppelten Analogie weiter zu definieren, um die sich aus der Sachbezogenheit ergebenden Restriktionen des Gewährleistungsrechts für den Unternehmenskauf zu beseitigen. Dadurch wären bei der Rechtsanwendung Ergebnisse möglich, die denen nahekommen, wie sie im englischen Recht mit „warranties“ erzielt werden. Beispielsweise könnten Angaben über den Umsatz des veräußerten Unternehmens ohne weiteres zugesichert werden, weil sie sich problemlos unter den im Wege doppelter Analogie erweiterten Eigenschaftsbegriff subsumieren ließen.

2. England

Die Tatbestandsmerkmale „condition“ und „warranty“ sind im englischen „common law“ untrennbar damit verbunden sind, ob der Unternehmenskäufer im Falle der Verletzung dieser Vertragsabreden ein Recht auf Beendigung des Vertrages oder lediglich einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann.²¹ In der hier vorgeschlagenen Terminologie handelt es sich um offene Tatbestände: Vertragsklauseln werden in Abhängigkeit von den Rechtsfolgen ihrer Verletzung in Kategorien eingeordnet. Diese Kategorien stellen zwar dem ersten Anschein nach präzise Tatbestandsmerkmale dar; in Wirklichkeit handelt es sich aber um einen Zirkelschluss, der nur nach außen hin den Eindruck eines logisch in sich geschlossenen Systems erweckt. Nähere Betrachtung führt zu der Erkenntnis, dass die auf Tatbestandsebene angesiedelten Kategorien lediglich Fallgruppen von Klauseln darstellen, an die unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden.

21. Siehe die Ausführungen ab Seite 155.

Offene Tatbestände erlauben den Gerichten großen Spielraum bei der Rechtsfindung. Die Judikative ist nicht darauf beschränkt, Recht lediglich anzuwenden. Darüber hinaus ist ihr die Freiheit zugestanden, Recht zu schaffen und auszugestalten.

Die rechtsgestaltende Rolle der Richter bei der Anwendung von Normen mit offenen Tatbeständen lässt sich anhand der hypothetischen Behandlung einer kautelarjuristisch neu entworfenen Vertragsklausel nachvollziehen, die weder gesetzlich, richterrechtlisch noch einzelvertraglich als “condition” oder “warranty” kategorisiert wurde:

Bei der erstmaligen Analyse einer solchen Klausel prüfen die Gerichte genau, inwiefern diese für den Vertrag wesentlich ist.²² Befindet das entscheidende Gericht die Klausel für so wesentlich, dass ihre Verletzung stets die Beendigung des Vertrages rechtfertigen würde, ordnet es sie in die Kategorie der “conditions” ein. Soweit diese Einordnung von einem Gericht vorgenommen wird, dessen Autorität andere Gerichte in ihrer Rechtsprechung bindet, setzt eine „Verrechtlichung” der individuellen Entscheidung ein. Alle an die Rechtsprechung des entscheidenden Gerichts gebundenen Gerichte müssen gleichlautende Klauseln ebenfalls als “condition” einordnen. Nach hinreichend häufiger Iteration führt das dazu, dass der betreffende Klauseltyp in den Augen der Rechtsanwender als Teil der vermeintlich originären Tatbestandskategorie “conditions” erscheint. In Wahrheit handelt es sich jedoch nicht um eine originäre Tatbestandskategorie, sondern lediglich um die Bezeichnung für eine empirische Sammlung von Einzelfallentscheidungen, die auf richterlicher Wertung basieren. Aus dem Zirkelschluss wird erst dadurch eine echte logische Folgerung, dass die von einem Gericht mit entsprechender Autorität getroffene Wertung vom Einzelfall gelöst und von anderen Gerichten als allgemeingültig akzeptiert wird.

Dieser Prozess wiederholt sich in einer Vielzahl von Fällen in Bezug auf verschiedene Arten von Vertragsabreden. Dadurch gewinnt die Kategorie der “conditions” an Inhalt; für den Rechtsanwender lassen sich aus dem Vergleich verschiedenster als “conditions” qualifizierter Vertragsklauseln Schlüsse darauf ziehen, wie neue, noch nicht kategorisierte Klauseln aller Voraussicht nach einzuordnen sind. Die Wesentlichkeitsprüfung für neue Arten von Klauseln wird deshalb um so einfacher, je größer der empirisch gesicherte Bestand schon kategorisierter Klauseln ist.

22. Siehe die Ausführungen zur praktischen Rechtsanwendung oben ab Seite 159.

Erst wenn die tatbestandliche Kategorie der “conditions” mit genügend „kritischer Masse” an gesicherter Erkenntnis über bestimmte Arten von Klauseln gefüllt ist, verliert ein offener Tatbestand seine „Offenheit”: Der Charakter einer neu entworfenen Klausel kann dann in Relation zu schon bekannten Vertragsabreden bestimmt werden. Diese empirische Orientierungshilfe erleichtert die Überlegung, welche Rechtsfolge für die Verletzung der betreffenden Vertragsabrede adäquat erscheint.

IV. Offenbarungspflicht

Je mehr Informationen dem Käufer über das zu erwerbende Unternehmen zur Verfügung stehen, desto sicherer ist die Grundlage, auf der er die für die Finanzierung der Transaktion erforderlichen Berechnungen anstellen kann. Für den Käufer ist es daher von besonderem Interesse zu wissen, inwieweit der Verkäufer verpflichtet ist, entscheidende Informationen zu offenbaren, ohne dass der Käufer darauf hinwirken müsste. Hier liegt ein markanter Unterschied zwischen deutschem und englischem Recht.

1. Deutschland

Nach deutschem Recht kann ein Unternehmensverkäufer je nach den Umständen des Einzelfalls verpflichtet sein, den Käufer ungefragt über wesentliche Umstände aufzuklären.²³

2. England

Wird ein Unternehmenskaufvertrag nach englischem Recht abgeschlossen, unterliegt der Verkäufer keiner Aufklärungs- oder Offenbarungspflicht.²⁴ Das dem “common law” eigene Prinzip *caveat emptor* hat zur Folge, dass aus Sicht des Käufers besondere Vorsicht geboten ist. Die Parteien können allerdings Vereinbarungen treffen, die den Verkäufer in gleicher Weise zur Aufklärung verpflichten, wie es nach deutschem Recht der Fall wäre. Das lässt sich durch “warranties” erreichen, in denen der Verkäufer versichert, alle für den Käufer nach Treu und Glauben wesentlichen Umstände offenbart zu haben. Beispielsweise findet man in Anteilskaufverträgen Klauseln folgenden Inhalts:

23. Siehe oben Seite 59 f.

24. Siehe oben Seite 81 ff.

“So far as the Vendors are aware, there is no fact or circumstance relating to the business and affairs of the Company which, if disclosed to the Purchaser or any of its advisers, might reasonably be expected to influence the decision of the Purchaser to purchase the Shares on the terms contained in this Agreement and which has not been so disclosed.”²⁵

Der Umstand, dass das “common law” dem Verkäufer keine Aufklärungs- oder Offenbarungspflichten auferlegt, zwingt die Parteien dazu, derartige Pflichten einzelvertraglich zu vereinbaren, soweit sie dies für sinnvoll erachten. Derartige Vereinbarungen führen dazu, dass der Umfang der meist ohnehin schon sehr detaillierten Vertragsdokumente noch weiter zunimmt.

V. Stil: Abstraktion gegenüber Orientierung am Einzelfall

Auf der Skala der zwischen Mikro-Vergleichung und Makro-Vergleichung variierenden Ebenen der komparativen Analyse ist das Differenzierungskriterium des Stils auf der höchsten Abstraktionsstufe anzusiedeln. Dieses Kriterium wird dazu benutzt, um nationale Rechtssysteme in Kategorien, sogenannte „Familien“, einzuordnen. Vor allem *Zweigert* und *Kötz* betonen, dass es dieses bewusst vagen, mehrdimensionalen Kriteriums bedarf, um eine im Ergebnis aussagekräftige Kategorisierung zu erreichen.²⁶ Die bis in die siebziger Jahre des zwanzigsten Jahrhunderts hinein angewendeten präzisen, aber eindimensionalen Maßstäbe wie beispielsweise gemeinsame Religion, politische Ideologie oder Natur der Rechtsquellen, führten zu unbefriedigenden Ergebnissen, weil sich je nach dem gewählten Kriterium stark unterschiedliche Gruppierungen ergaben.²⁷

Jedes Rechtssystem weist charakteristische Züge auf, die sich nicht präzise messen lassen, aber die Gesamterscheinung des betreffenden Systems auf außenstehende Betrachter prägen. Ein derartiger Gesamteindruck hängt stets vom jeweiligen Betrachter ab, der individuelle Vorkenntnisse mitbringt und sein Augenmerk auf unterschiedliche Details richtet. Die Erörterung des Stils eines Rechtssystems fällt daher notwendigerweise subjektiv aus und kann keinen Anspruch auf Neutralität oder Vollständigkeit erheben. Nur wenige augenfällige Unterschiede lassen sich vorsichtig verallgemeinern. Beispielsweise ist die Denkweise deutscher Juristen von

25. *Beswick/Wine* S. 300. In “asset deals” werden entsprechende Abreden vereinbart, die sich statt auf “shares” auf das veräußerte “business” beziehen; siehe *Beswick/Wine* S. 362.

26. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 63 ff.

27. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 63 ff.

einer Präferenz für abstrakte Normen und systematische Strukturierung des Rechts geprägt. Eine lückenlose und widerspruchsfreie Systematik wird als ideal empfunden.²⁸ Englische Juristen hingegen konzentrieren sich auf die konkreten Rechte und Pflichten der Parteien im jeweils zu entscheidenden Einzelfall. Der Systematisierung des Rechts wird üblicherweise nur insoweit Beachtung geschenkt, als Widersprüche zwischen einzelnen Richtersprüchen vermieden werden müssen.²⁹

Abgesehen von diesem allgemeinen Phänomen fällt beim Vergleich der rechtlichen Handhabung des Unternehmenskaufs in Deutschland und England eine stilistische Besonderheit auf:

1. Deutschland

Eine Bestandsaufnahme der hier verglichenen Normen offenbart, dass deutsches Gewährleistungsrecht primär auf kodifiziertem Recht beruht, das in erheblichem Umfang richterrechtlich weiterentwickelt und ergänzt wurde.

Eine Weiterentwicklung der §§ 459 ff. BGB liegt etwa darin, dass Anteilskäufe unter bestimmten Umständen in Analogie zu den Regeln des Sachkaufs behandelt werden. Die Grundsätze der *culpa in contrahendo* bieten ein Beispiel für richterrechtliche Ergänzung des Gewährleistungsrechts. Dass das Fundament des deutschen Gewährleistungsrechts auf abstrakt-genereller Kodifikation liegt, bestätigt den Befund, dass deutsches Rechtsdenken abstrakt-generellen Regelungen bevorzugt.

Prima facie sollte daher anzunehmen sein, dass deutsches Recht von Gesetzesrecht dominiert wird. Bei näherer Betrachtung wird jedoch deutlich, dass diese Überlegung fehlgeht. Das für den Unternehmenskauf relevante deutsche Recht wird wesentlich durch die Rechtsprechung beeinflusst. Die richterrechtlichen Analogien zum Sachmängelrecht und der im Wege richterrechtlicher Rechtsfortbildung entwickelten Regeln der *culpa in contrahendo* stellen den eigentlichen Kern der Gewährleistungsregeln dar. Hier gilt die von *Däubler* in anderem Zusammenhang getroffene Feststellung, dass man „[o]hne Kenntnis des Richterrechts ... in den meisten Fällen auf verlorenem Posten [steht]“³⁰. Dass die von Gerichten entwickelten Rechtssätze in diesem Bereich das Gesetzesrecht an Bedeutung übertreffen, lässt sich auf Unzulänglichkeiten der gesetzlichen Regelungen des BGB zurückführen.

28. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 69.

29. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 69.

30. *Däubler* NJW 2000, 2250.

Das Gesamtgefüge des deutschen Zivilrechts ist organisch verflochten. Defizite in einen Bereich werden durch Modifikationen in einem anderen Bereich kompensiert. In regelungssystematischer Hinsicht dient das Instrument der *culpa in contrahendo* dort als Auffangbecken oder als Rettungsanker, wo Lösungen auf der Grundlage des BGB als unbefriedigend empfunden werden. Dieser Kompensationsmechanismus hat zudem eine institutionelle Dimension: Die Judikative schreitet ein, wenn die Legislative untätig bleibt.

Der Umstand, welche Institutionen in einem Rechtssystem die Normen entwickeln, beeinflusst den Stil dieser Rechtsordnung. Im Hinblick darauf ist hier eine Besonderheit festzustellen: Der Stil des deutschen Gewährleistungsrechts ist für den Sonderfall des Unternehmenskaufs weitgehend durch Richterrecht statt durch kodifiziertes Gesetzesrecht geprägt. *De facto* lassen die richterrechtlichen Regelungen die Normen des BGB in den Hintergrund treten.

2. England

In England bildet Richterrecht das Fundament der Gewährleistungsregeln. Ergänzend tritt das Gesetzesrecht in Misrepresentation Act 1967 und Unfair Contract Terms Act 1977 hinzu.

Hierin spiegelt sich die Hypothese wider, dass englisches Recht sich vorrangig aus konkret-individuellen Entscheidungen generiert. Allein dadurch, dass eine große Vielzahl derartiger Einzelfallentscheidungen ("cases") existiert, wird eine flächendeckende Rechtsanwendung durch Analogieschlüsse von Fall zu Fall ermöglicht. Kodifiziertes Recht wird häufig verwendet, um das Richterrecht zu konsolidieren und dadurch seine Zugänglichkeit zu verbessern. Auch Unklarheiten des Richterrechts rufen mitunter den Gesetzgeber auf den Plan. Originär von Kodifikationen dominierte Rechtsgebiete sind für das traditionelle englische Recht jedoch untypisch; etwas anderes gilt vornehmlich für europarechtlich beeinflusste Regelungsbereiche.

Diese Analyse führt zu der Erkenntnis, dass sich die Gewichtung der für das Gewährleistungsrecht relevanten Rechtsquellen deutschen und englischen Rechts in überraschender Weise ähnelt. Ungeachtet des im Ausgangspunkt gegensätzlichen Verständnisses von der relativen Bedeutung von Richterrecht und Gesetzesrecht im Verhältnis zueinander ist die praktische Handhabung beinahe identisch: Richterrecht steht im Mittelpunkt der Betrachtung, Gesetzesrecht tritt in den Hintergrund. Die weit verbreitete Annahme, dass deutsches Recht stets von Kodifikationen dominiert werde, richterliches Einzelfallrecht hingegen typisch für das "common law" sei, trifft für den Bereich des Unternehmenskaufs nicht zu.

B. Ursachen

Angesichts der soeben erläuterten Unterschiede zwischen den Gewährleistungsregelungen deutschen und englischen Rechts stellt sich die Frage, welche Ursachen für die Diskrepanzen verantwortlich sind.

I. Multifaktorielle Interdependenz

Vor der Beantwortung dieser Frage ist darauf hinzuweisen, dass Form und Inhalt eines konkreten Rechtssatzes niemals nur auf eine einzige, isolierte Ursache zurückgeführt werden können. Rechtsnormen sind stets Produkte des komplexen Zusammenspiels einer Vielzahl von kulturellen, sozialen, historischen und wirtschaftlichen Faktoren.

Die zuvor herausgearbeiteten Unterschiede beruhen nicht auf individuellen Besonderheiten im deutschen oder englischen System, sondern sind als Symptome eines komplexen Systems aus kulturellen, sozialen, historischen und wirtschaftlichen Faktoren anzusehen. Wie *Geertz* ausführlich darlegt, lässt sich Recht als ortsspezifisches Wissen ("local knowledge") umschreiben, dessen Charakteristika sich unter dem Einfluss der in einem durch Raum und Zeit begrenzten Umfeld herrschenden sozialen Faktoren herausbilden.³¹ Dieser Ansatz beruht auf der modernen rechtssoziologischen Forschung, deren Ergebnisse sich im wesentlichen in drei Meinungsgruppen aufteilen lassen: Die „reaktivistische“ Theorie vertritt, dass Recht soziale Bedürfnisse und Interessen widerspiegelt. Ihre Analyse konzentriert sich deshalb darauf, wie sozio-ökonomische Veränderungen das Recht beeinflussen.³² Demgegenüber betont die „aktivistische“ Theorie die Rolle des Rechts als Katalysator soziologischer Veränderungen.³³ Die „interdependentistische“ Theorie kombiniert die beiden zuvor genannten Ansätze und erkennt an, dass Recht und Gesellschaft sich wechselseitig beeinflussen, ohne dass bestimmbar wäre, in welcher dieser beiden Sphären die Ursachen bzw. die Wirkungen anzusiedeln sind.³⁴

31. *Geertz* S. 215 ff.

32. *Kahn-Freund* 82 L.Q.R. 1966, 40.

33. *Geertz* S. 218, 232.

34. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 44, 46 f. Die Bezeichnung der genannten Theorien beruht auf der von *Frankenberg* vorgeschlagenen Terminologie; siehe 26 *Harvard Int.L.J.* I 1985, 414, 435, Fn. 80.

Unabhängig davon, ob man das soziale Umfeld als Produkt des Rechts oder umgekehrt das Recht als Produkt des sozialen Umfelds ansieht, besteht unstreitig eine Interdependenz: Recht und Gesellschaft beeinflussen sich gegenseitig.³⁵ Zudem sind sämtliche gesellschaftlichen Faktoren für sich betrachtet voneinander abhängig; kein individuelles soziales Phänomen lässt sich isoliert von dem gesamtgesellschaftlichen Umfeld verstehen. Beispielsweise griffe es zu kurz, einen Anstieg der Kriminalität allein auf hohe Arbeitslosenzahlen zurückführen zu wollen. Aus einer derart eindimensionalen Betrachtung lässt sich keine überzeugende Kausalitätsbeziehung herleiten. Vielmehr müssen bei der Suche nach Ursachen mehrere gesellschaftliche Einflüsse berücksichtigt werden, wie im obigen Beispiel der Kriminalität etwa das Fehlen einer staatlichen Sozialfürsorge ebenso wie Sozialisierungsstrukturen in Familie und Schulen, in denen positives und negatives Rechtsbewusstsein geprägt wird.³⁶ Die Beziehung zwischen soziologischen Phänomenen und ihren Ursachen ist multidimensional.

Ebenso verhält es sich mit dem Recht: Rechtssätze erklären sich nicht bei isolierter Betrachtung. Erst die Gesamtbetrachtung ihrer Interaktion mit anderen Regelungsbereichen zeigt die Bandbreite der Funktionen einer Norm auf. Beispielsweise ist die Existenz einer richterrechtlichen Institution wie der *culpa in contrahendo* für sich allein betrachtet ein Kuriosum in der auf kodifiziertem Recht basierenden deutschen Rechtsordnung. Warum sich die Gerichte dazu veranlasst sahen, diese Rechtsfortbildung voranzutreiben, lässt sich erst dann verstehen, wenn man die Schwächen des deutschen Deliktsrechts erkennt: Die dreijährige Verjährungsfrist nach § 852 BGB, die Exkulpationsmöglichkeit im Rahmen der Gehilfenhaftung nach § 831 Absatz 2 BGB und die dem Kläger obliegende Beweislast werden vermieden, indem bei der *culpa in contrahendo* vertragliche Maßstäbe angewendet werden.³⁷

Der komplexen Interaktion zwischen gesellschaftlichen und rechtlichen Phänomenen ist bei der rechtsvergleichenden Darstellung der Ursachen für rechtliche Phänomene Rechnung zu tragen. Der Zusammenhang von Ursache und Wirkung zwischen rechtlichen Unterschieden und rechtlichen und gesellschaftlichen Einflussfaktoren wird hier als „multifaktorielle Interdependenz“ bezeichnet. Durch den neutralen Terminus der „Interdependenz“ soll zum Ausdruck gebracht werden, dass

35. Hirsch S. 127 ff.

36. Schwind S. 230 ff.

37. Palandt – Heinrichs § 276 Rn. 67, 70.

sich nicht zweifelsfrei feststellen lässt, ob und in welcher Richtung eine Kausalitätsbeziehung existiert. Mit anderen Worten lässt sich nicht eindeutig ermitteln, ob der jeweils betrachtete Faktor im Verhältnis zu einem anderen als Ursache oder als Wirkung anzusehen ist.

Wegen der multifaktoriellen Interdependenz von Recht und Gesellschaft können die Differenzen zwischen deutschem und englischem Gewährleistungsrecht nicht auf singuläre Ursachen zurückgeführt werden. Allerdings wäre eine umfassende Analyse der Art und Weise der Rechtsentstehung in den verglichenen Systemen nicht Aufgabe einer rechtsvergleichenden Arbeit, sondern einer soziologischen Studie. Aus der Vielzahl möglicher Einflussfaktoren werden daher diejenigen ausgewählt, die prägnant genug sind, um als *pars pro toto* Verständnis für die Differenzen in den verglichenen Systemen zu schaffen. Im Interesse kohärenter Darstellung werden die sich gegenseitig beeinflussenden Faktoren thematisch voneinander getrennt und geordnet, ohne dass damit eine Gewichtung oder inhaltliche Bewertung der dargestellten Aspekte verbunden ist.

Im Mittelpunkt der Betrachtung stehen Eigenarten des englischen Rechtssystems, die aus deutscher Sicht bemerkenswert erscheinen. Charakteristika der deutschen Rechtsordnung werden als bekannt vorausgesetzt und nur in Bezug genommen, um Gegensätze zu englischen Gegebenheiten zu verdeutlichen.

Im folgenden werden zunächst die für die Normevolution im “common law” wesentlichen extrinsischen Faktoren aufgezeigt.³⁸ Als „extrinsische Faktoren” werden hier institutionelle und soziale Rahmenbedingungen verstanden, innerhalb derer sich die Rechtsentwicklung vollzieht. Im Anschluss daran wird die Entstehung von Normen des “common law” aus einer intrinsischen Perspektive veranschaulicht.³⁹ Der Begriff „intrinsisch” bezieht sich auf die Methode englischer Juristen, die einen von außen nicht sichtbaren Einfluss auf die Normentwicklung ausübt.

II. Rechtsgeschichtlicher Hintergrund

Die Erkenntnis, dass Unterschiede zwischen Vergleichsobjekten in verschiedenen Rechtsordnungen sich oft historisch erklären lassen, erweist sich in diesem Zusammenhang als hilfreich.⁴⁰ Insbesondere das englische Recht ist nicht ohne Kenntnis seiner Entwicklungsgeschichte zu verstehen.⁴¹

38. Siehe sogleich II. bis VI.

39. Siehe dazu unten VII. ab Seite 232.

40. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 68.

1. Richterrechtliche Entwicklung statt Kodifikation

Gerade für die Mehrdeutigkeit mancher der für den Unternehmenskauf relevanten Gewährleistungstatbestände des “common law” findet sich im rechtsgeschichtlichen Hintergrund eine mögliche Erklärung.

In Deutschland beruht das Gewährleistungsrecht des Unternehmenskaufs weitgehend auf den gesetzlichen Regelungen des BGB. Die dogmatische Grundlage für das System des heutigen BGB hat die Schule der Pandektisten im 19. Jahrhundert aus Quellen des klassischen römischen Rechts geschaffen.⁴² Die Auffassung der Pandektisten, dass eine Rechtsordnung ein geschlossenes System von Ideen, Institutionen und Prinzipien darstellen müsse, spiegelt sich sowohl in der Struktur als auch in der Detailredaktion des BGB wider. Klar inhaltlich definierte, logisch ineinander greifende Konzepte prägen den Charakter der Kodifikation. Dem BGB ist deswegen fehlende Volksnähe vorgeworfen worden⁴³, seine technische Perfektion wird jedoch allenthalben respektiert und sogar bewundert. Betrachter aus benachbarten Rechtsordnungen beschreiben das BGB plakativ als „die juristische Rechenmaschine par excellence“⁴⁴ oder als „gesetzgeberische Filigranarbeit von außerordentlicher Präzision“⁴⁵. Der bedeutende englische Rechtsgelehrte *Maitland* hielt das BGB sogar für das beste Gesetzbuch, das die Welt jemals sah.⁴⁶

Im Kontrast dazu basieren die für die Gewährleistungshaftung beim Unternehmenskauf maßgeblichen Regeln vorrangig auf den Normen des “common law”. Diese wurden traditionell durch richterliche *Normfindung* statt durch parlamentarische *Normsetzung* geprägt. Dabei erfolgte keine bewusste Ausformung abstrakter Verhaltensregeln; eine Verallgemeinerung von Einzelfallentscheidung in Richtung auf allgemeinere Prinzipien hin wurde nicht als Ziel der Entwicklung von Rechts-

41. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 181.

42. *Schwarz* nennt das BGB „ein Kind der Pandektenwissenschaft, einer Rechtswissenschaft, deren Bedeutung und Einfluss in der Welt gar nicht überschätzt werden kann: sie lehrt juristische Klarheit und juristische Denkdisziplin, wie vielleicht keine andere seit den Tagen der großen Klassiker Roms“, *Schwarz* S. 9.

43. *Schwarz* S. 7, 11.

44. *Schwarz* S. 8.

45. *Isele AcP* 150 (1949), 1, 6.

46. *Maitland*, *Collected Papers*, Bd. 3, S. 463.

normen angesehen. Allenfalls im Rahmen der Entscheidung darüber, ob neue Sachverhalte in Analogie zu Präzedenzfällen entschieden werden können (“applying a case”) oder von ihnen abgegrenzt (“distinguishing a case”) werden müssen, findet eine Abstrahierung statt.

Das “common law” besitzt keinerlei bewusst angelegte logische Struktur; seine Rechtssätze bilden kein in sich geschlossenes System. Das hat Kenner des englischen Rechts zu der provokanten Einschätzung veranlasst, das einzige ordnende Prinzip des englischen “common law” sei das Alphabet.⁴⁷ Der Grund für das Fehlen jeglicher ordnenden Systematik liegt darin, dass die Normen des “common law” nicht in einem an Logik und Vollständigkeit orientierten, wissenschaftlichen Diskurs entstanden, sondern sich mosaikartig im Wege langsamer Evolution in der juristischen Praxis herausgebildet haben.⁴⁸

In einem Urteil des Court of Appeal stellt *Lord Justice Scarman*⁴⁹ den Nutzen systematischer Ordnung des Rechts ausdrücklich in Abrede:

“[This] distinction may indeed be valuable to those who have to teach or expound the law, but I do not think that, in solving the particular problem raised by a particular case, putting the law into categories is of the slightest assistance.”⁵⁰

Auch im House of Lords lehnt man es ab, das Streben nach einer einheitlichen und widerspruchsfreien Rechtsordnung als Anlass für eine Änderung etablierter richterrechtlicher Grundsätze anzuerkennen:

47. *Rudden* 6/7 Tulane Civil Law Forum 1991/92, 105, 110: “... the alphabet is virtually the only instrument of intellectual order of which the common law makes use”; *Pound* 67 L.Q.R. 1951, 49, 50: “... the common law is little systematised ... The law books ... are typically alphabetical abridgements, digests and cyclopaedias.”

48. Diese Aussage beschränkt sich auf das richterrechtliche “common law”, weil das für den Unternehmenskauf relevante Gewährleistungsrecht im wesentlichen auf ihm beruht. Es wäre jedoch verfehlt, daraus verallgemeinernde Schlussfolgerungen betreffend das englische Recht insgesamt zu ziehen. Das “statutory law” folgt anderen Prinzipien. Zum Beispiel ist das Recht des Verbraucherschutzes vornehmlich durch Gesetze mit europarechtlichem Hintergrund geregelt, so dass dort viel eher Parallelen zum deutschen Recht zu finden sind, als das in dem hier untersuchten Zusammenhang der Fall ist. Die Analyse der Entstehung von Regelungszusammenhängen des “statutory law” würde daher zu vollkommen verschiedenen Resultaten führen.

49. Später *Lord Scarman*.

50. *Crabb v Arun District Council* [1975] 3 All E.R. 865, 875.

“A rule is nonetheless capable of being a rule of law, though no reason can be given for it As to the argument from inconsistency ... it is not part of the functions of this House, or the judges, to alter a well established rule or, to put it more correctly, to say that a different rule is part of our law, for the sake of harmonisation with a rule operating in a different field – not unless there is an intrinsic case, I would say a strong case, for altering the former rule.”⁵¹

Anders als in England ist der Systemgedanke ein wichtiges Merkmal des deutschen Zivilrechts.⁵² Das hängt damit zusammen, dass das deutsche Recht vor allem durch Kodifikationen geprägt ist. Der in Deutschland dominante Normsetzungsprozess durch parlamentarische Gesetzgebung hat im englischen Recht erst in jüngerer Zeit signifikante Bedeutung für die Fortentwicklung der Rechtsordnung gewonnen. Besonders unter dem Einfluss der Europäischen Union hat sich der Anteil kodifizierten Rechts an der Gesamtheit englischer Rechtsnormen stark vergrößert. Dies veranschaulicht eine Sammlung der für Vertrags-, Delikts- und Bereicherungsrecht⁵³ relevanten englischen Gesetze: Die in dem 350jährigen Zeitraum von 1623 bis zum Beitritt Großbritanniens in die Europäische Gemeinschaft im Jahre 1973 kodifizierten Regeln nehmen darin lediglich 53 Seiten ein, während die in den nur 25 darauffolgenden Jahren erlassenen Gesetze sich auf 326 Seiten ausdehnen. Das liegt zum einen daran, dass in der jüngeren Vergangenheit der Bedarf an Spezialgesetzen sprunghaft gestiegen ist, die nötig sind, um der Ausdifferenzierung der modernen Gesellschaft gerecht zu werden. Zum anderen sind angesichts komplexer werdender Regelungsmaterien im Wirtschaftsleben umfangreichere und detailliertere Regeln erforderlich. Als Beispiel kann ein Vergleich zwischen dem Libel Act 1792 und dem Financial Services and Markets Act 1999 herangezogen werden: Ersterer befasst sich mit grundlegenden prozessualen Aspekten von Verleumdungsklagen und enthält lediglich vier kurze Paragraphen. Letzterer hingegen normiert die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen für Finanzdienstleister auf den Kapitalmärkten in 433 teils außerordentlich langen Paragraphen und 22 Anhangdokumenten (“Schedules”).

51. *Aries Tanker Corp v Total Transport Ltd* [1977] 1 All E.R. 398, 403 f. *per Lord Wilberforce*.

52. Siehe die grundlegende Arbeit *Canaris'* mit dem Titel „Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts“.

53. *Blackstone's Statutes on Contract, Tort & Restitution* 1999–2000, herausgegeben von F. D. Rose.

Im Vergleich dazu knüpfen deutsche Gesetze an eine lange Tradition umfangreicher Kodifikationen an. Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 beispielsweise enthielt wegen seines konkreten Regelungsgehalts weit über 10.000 Paragraphen.⁵⁴ Dank stärkerer Abstraktion begnügt sich das BGB trotz ähnlichen Inhalts mit der vergleichsweise gering erscheinenden Zahl von 2.385 Paragraphen.⁵⁵

2. System der “writs”: “focus on remedies instead of rights”

Das englische Rechtsdenken konzentriert sich vorrangig auf die Rechtsfolgen statt auf Systematik und Inhalt der Tatbestände. Subjektive Rechte *per se* sind aus Sicht englischer Juristen nur in dem Umfang von Interesse, wie sie ihrem Inhaber konkrete Ansprüche vermitteln. Dieses Charakteristikum des englischen Rechtsdenkens wird als “focus on remedies instead of rights” umschrieben. Wegen der Besonderheit des prozessrechtsorientierten Denkens englischer Juristen kann dem Begriff “remedies” keine exakte Entsprechung im deutschen juristischen Sprachgebrauch zugewiesen werden. Über den materiellrechtlichen Sinngehalt der deutschen Begriffe „Rechtsfolge“ und „Anspruchsgrundlage“ hinaus werden darunter zugleich die prozessualen Methoden zur Durchsetzung von Ansprüchen sowie zum Schutz subjektiver Rechte verstanden. Das Oxford Dictionary of Law beschreibt den Begriff “remedy” frei übersetzt als „Rechtsbehelf im prozessualen und zugleich materiellen Sinne”.⁵⁶

Für das Phänomen der rechtsfolgenorientierten Denkweise findet sich eine mögliche Erklärung wiederum in der geschichtlichen Entwicklung des “common law”. Die dem “common law” eigene, rechtsfolgenorientierte Sichtweise wurde unter anderem dadurch geprägt, dass die juristische Praxis ihre Aufmerksamkeit über mehrere Jahrhunderte vorrangig dem Prozessrecht widmete. Das eigentliche materielle Recht entwickelte sich akzessorisch zum Prozessrecht in den durch ein System strikt formalisierter Klagearten (“writs”, auch “forms of action” genannt) vorgegebenen Bahnen.⁵⁷ “Writs” sind im juristischen Sprachgebrauch im Namen des Königs erlassene, schriftliche Anweisungen an einen Richter, den Beklagten zu

54. Siehe den von *Hattenhauer* editierten Nachdruck „Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794“.

55. Dieser Wert bezieht sich nur auf die Nummerierung; die absolute Anzahl aller Paragraphen weicht davon ab, da einerseits einige Leerstellen abzuziehen sind und andererseits die einzelnen Paragraphen der nominell nur eine Ziffer belegenden „Paragraphengesetze“ hinzuzuaddieren sind, z. B. die zwölf Paragraphen des Reisevertragsrechts in § 651a ff. BGB.

56. S. 340: “Any of the methods available at law for the enforcement, protection, or recovery of rights or for obtaining redress for their infringement.”

laden und den vom Kläger vorgebrachten Streit in Anwesenheit der Parteien zu schlichten.⁵⁸ Da sich viele Gesuche um Rechtsschutz inhaltlich ähnelten, nahmen die “writs” allmählich den Charakter von Antragsformularen (“forms of action”) an. Entscheidend für das Verständnis der auf Grund einer solchen Prozessanweisung erlassenen Urteile ist, dass in dem jeweiligen “writ” eine bestimmte Rechtsfolge festgelegt war. Den Klägern standen nur solche Rechtsfolgen zur Verfügung, für die die Kanzlei des Königs eine “form of action” zuließ. Während im späten zwölften Jahrhundert noch 75 solcher auf unterschiedliche Rechtsfolgen (“remedies”) gerichtete “writs” existierten, stieg diese Zahl später stark an.⁵⁹ Bedeutsam ist, dass jeder Prozess ausschließlich auf die im “writ” spezifizierte Rechtsfolge ausgerichtet war. Beispielsweise liegt der Ursprung der im vorhergehenden Teil erörterten Regeln des “common law”, die eine vertragliche Haftung für Nichterfüllung (“nonperformance of contractual promises”) begründen, in dem “writ of *assumpsit*”⁶⁰.

Erwies sich während des Verfahrens, dass diese Rechtsfolge ungeeignet war, wurde die Klage abgewiesen, selbst wenn dem Kläger statt des von ihm begehrten möglicherweise ein anderer Rechtsbehelf zur Verfügung gestanden hätte. Der Kläger musste sich erneut um einen “writ” bemühen und einen neuen Prozess führen. Dies war verfahrenstechnisch mühsam und machte gerichtlichen Rechtsschutz nur für Wohlhabende erschwinglich, da “writs” ausschließlich gegen Zahlung einer Gebühr erteilt wurden.

In dieser ursprünglichen Form prägte das System der “writs” die Rechtsentwicklung über etwa fünf Jahrhunderte hinweg. Für den hier untersuchten Regelungszusammenhang der Gewährleistungshaftung verlor das System der “writs” allerdings mit dem Präzedenzfall *Slade’s Case*⁶¹ im Jahre 1602 an Einfluss. Darin wurde anerkannt, dass eine Geldschuld unabhängig von ihrem Entstehungsgrund mit dem “writ of *assumpsit*” geltend gemacht werden konnte.⁶² Dadurch konnte die strikte

57. Detaillierte Ausführungen zum System der “writs” finden sich bei *Maitland*, *Forms of Action*, S. 53 ff., 65 ff.; *Evans/Perks* S. 9 ff. bieten einen knappen Überblick.

58. Das vom Lateinischen „*breve*“ abstammende Wort “writ” wurde über seine prozessuale Bedeutung hinaus für sämtliche Schriftstücke verwendet wurde, insbesondere aber für kurze offizielle Dokumente, die eine Anweisung, ein Verbot oder eine Benachrichtigung enthielten; siehe *van Caenegem* S. 30.

59. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 184.

60. Lateinisch für „er hat sich verpflichtet“. Zur geschichtlichen Herleitung siehe *Zweigert/Kötz – Weir* S. 185 f.

61. 4 Co.Rep. 91a.

Differenzierung nach “remedies” gelockert werden. Später wurde das System der “writs” durch den Judicature Act 1873 komplett abgeschafft. Obwohl sämtliche Klagearten seitdem ohne die komplizierten Formalitäten der “forms of action” erhoben werden können, wirkt der Einfluss des auf Rechtsfolgen fixierten Systems der “writs” auf die Denkweise englischer Juristen fort. Das lässt sich zum Beispiel daran ablesen, dass englische Lehrbücher und Monographien das “common law” noch heute von den Rechtsfolgen her erläutern.⁶³ Für die in dieser Arbeit erörterten Rechtsregeln veranschaulichen dies die Titel der Monographien von *Beale*, *Burrows* und *Harris*: “Remedies for breach of contract”, “Remedies for Torts and Breach of Contract” und “Remedies in Contract and Tort”.

3. Zeitpunkt der Entstehung

Ein möglicher Grund dafür, dass das englische Gewährleistungsrecht des Unternehmenskaufs auf dem Grundsatz *caveat emptor* basiert, lässt sich aus dem Zeitpunkt seiner Entstehung ableiten.

Gordon weist darauf hin, dass dieses Prinzip eine Wirtschaftsgesellschaft widerspiegelt, in der kommerzieller Handel meist im unmittelbaren Austausch zwischen den Vertragsparteien (“face to face”) stattfand.⁶⁴ Die Wurzeln der Gewährleistungsregeln des “common law” reichen bis in das 14. Jahrhundert zurück, in dem sich der “writ of *assumpsit*” zu entwickeln begann.⁶⁵ Der eigentliche Grundstein der Doktrin *caveat emptor* wird in einer Entscheidung aus dem frühen 17. Jahrhundert gesehen.⁶⁶ Die Wirtschaftsordnung der damaligen Zeit war durch den Handel mit Gütern von Person zu Person geprägt, so dass der Käufer sich ohne weiteres durch Überprüfung des Kaufobjektes hinreichend schützen konnte. Die Verfestigung der Doktrin im Richterrecht fällt in das vom sozialen Individualismus und der Geisteshaltung des *laissez-faire* geprägte frühe 19. Jahrhundert.⁶⁷

62. *Milsom* S. 349 ff.; *Zweigert/Kötz – Weir* S. 552.

63. Vgl. schon Seite 77.

64. *Gordon* 36 *Stanford L.Rev.* 1984, 57, 65.

65. *Milsom* S. 317 ff.

66. *Chandelor v Lopus* (1603) *Cro.Jac.* 4, 79 *E.R.* 400, 401; zitiert nach *Heilbut, Symons & Co v Buckleton* [1913] *A.C.* 30.

67. *Atiyah* S. 464, 467. Vgl. ferner *Macpherson* S. 223 ff.

Das Gewährleistungsrecht des BGB hingegen wurde erst im späten 19. Jahrhundert kodifiziert, nachdem die industrielle Revolution und die damit einhergehende Massenfertigung den Handel grundlegend umgestaltet hatten. Die Zunahme von Distanzkäufen und die größere Anzahl von Transaktionen ließ es als opportun erscheinen, den Wirtschaftsverkehr dadurch zu erleichtern, dass dem Käufer auch dann ein Mindestmaß an Schutz zuteil werden sollte, wenn er nicht unmittelbar vor Ort die Ware in Augenschein nehmen konnte oder sich nicht bei jedem Rechtsgeschäft durch individuelle Vereinbarung absichern wollte.

III. Pragmatisches Rechtsverständnis

In England herrscht die Auffassung, dass juristische Fragen *per se* als praktische Probleme anzusehen sind, die nicht als Objekte wissenschaftlichen Interesses taugen.

Dies spiegelt sich schon im allgemeinen Sprachgebrauch wider: Während in Deutschland vom Studium der *Rechtswissenschaft* die Rede ist, studieren englische Juristen schlicht "law". Eine Beschreibung dieses Studienfaches in Entsprechung zu "social sciences" oder "natural sciences", die etwa "legal sciences" lauten könnte, ist der englischen Sprache fremd. Allenfalls universitäre Forschung auf höchstem Niveau wird als "science of the law" bezeichnet.⁶⁸ Dieser Zustand hat *Lord Denning* zu dem Appell veranlasst, das englische Recht bedürfe dringend einer Verwissenschaftlichung:

"My plea is that my subject does relate to science: for it is nothing less than a plea that the law should no longer be a 'lawless science' but should be a science of law. Just as the scientist seeks for truth, so the lawyer should seek for justice. Just as the scientist takes his instances and from them builds up his general propositions, so the lawyer should take his precedents and from them build up his general principles. Just as the propositions of the scientist fall to be modified when shown not to fit all instances, or even discarded when shown to be in error, so the principles of the lawyer should be modified when found to be unsuited to the times or discarded when found to work injustice."⁶⁹

68. Vgl. die Ausführungen von *Pound* 100 *University of Pennsylvania L.Rev.* 1951, 1, 18 f. Auch hier erscheint der Begriff nicht als Bestandteil des allgemeinen Sprachgebrauchs, sondern eher als an ein rein akademisches Publikum gerichteter *terminus technicus*: *Pound* nimmt als emeritierter Dekan der Harvard Law School Stellung zu den Querverbindungen zwischen Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung.

69. *Denning* S. 4.

In einer Rede mit dem Titel “How A Lawyer Thinks” bestätigt *Viscount Radcliffe*, dass die Anwendung von “law” in England auf pragmatischen und moralischen Erwägungen statt auf wissenschaftlichen Idealen beruht. Er führt aus, dass die Rechtsanwendung nur *prima facie* den Gesetzen der Logik folge; die eigentliche Kunst der Juristen liege darin, Argumente so auszuwählen und zu arrangieren, dass ihr Gesamteindruck den Hörer überzeugt:

“The thing to be admitted is that Law is not in any sense an exact science, indeed it is not in the modern sense of the word a science at all. Its material consists of the conduct and the affairs of living human beings in all the complexity of their relations, and its art consists in the application of certain generalisations, styled principles, to a particular combination of circumstances. These generalisations are themselves half moral, half practical: in each case the compound is produced more by perception than by rule. It is a mistake to suppose that logic based on verbal propositions can ever be much of a guide for this purpose, and I have the impression that lawyers more or less unconsciously accept that their formal process is not their real one. The real process, the mastery of which constitutes the abiding fascination of administering law, proceeds by the method of selection and arrangement. Once the picture has been composed by the artist there is indeed something inevitable in the resulting impression but, of course, the art has lain in the justness of the selection and the firm outline of the pattern.”⁷⁰

IV. Juristenausbildung in der Praxis

Das weit verbreitete Empfinden, dass “law” nichts mit Wissenschaft gemein hat, sondern der Domäne der Praktiker vorbehalten ist, hängt eng mit den Modalitäten der Juristenausbildung in England zusammen.

Bis zum späten 19. Jahrhundert wurde das “common law” nicht als Bestandteil des allgemeinen Curriculums an englischen Universitäten gelehrt. Noch 1846 gab es lediglich einen einzigen Universitätsprofessor für “common law” in ganz England.⁷¹ Der Grund dafür liegt darin, dass das “common law” ursprünglich von königlichen Richtern aus den lokalen Rechtsbräuchen heraus entwickelt wurde. Für die im 13. Jahrhundert in Oxford und Cambridge gegründeten Universitäten war die Untersuchung derartiger Bräuche ohne Interesse, weil sie nicht mit dem

70. *Radcliffe* S. 74.

71. *Jackson/Spencer* S. 346.

mittelalterlichen Verständnis eines akademischen *studium* zu vereinbaren war.⁷² Bis ins 19. Jahrhundert wurden dort lediglich römisches und kanonisches Recht gelehrt. Der Gedanke eines für die berufliche Praxis sinnvollen Studiums hatte in Oxford und Cambridge keine Anhänger. Man betrachtete die traditionellen Universitäten vornehmlich als Übergang von der christlichen und athletischen Erziehung an elitären Privatschulen zum Eintritt in das gesellschaftliche Leben der Londoner “upper middle-class”.⁷³ Die juristische Lehre führte daher an den universitären “colleges” über Jahrhunderte ein Schattendasein. Nur ein einziges der englischen Colleges wurde ausschließlich zum Zwecke der juristischen Ausbildung gegründet: Trinity Hall wurde im Jahre 1350 in Cambridge ins Leben gerufen, um die während der Pestepidemie von 1348 dezimierten Reihen der Kirchenjuristen wieder zu füllen. Säkulares Recht hingegen wurde in Oxford und Cambridge erst seit den siebziger Jahren des 19. Jahrhunderts gelehrt. Das Ansehen der Jurafakultäten war äußerst gering; andere Fakultäten verschmähten “law” als Angelegenheit der nicht-universitären Berufsschulen.⁷⁴ Um diesem Vorwurf zu begegnen, lehrten die Professoren vor allem Rechtsgeschichte, römisches Recht und Rechtsphilosophie. Dies wiederum hatte zur Folge, dass die Berufsstände der “barristers” und “solicitors” die universitäre Ausbildung für die Praxis als wertlos betrachteten.⁷⁵

Die Ausbildung des weltlichen juristischen Nachwuchses erfolgte deshalb im wesentlichen an den sogenannten “Inns of Court”. So bezeichnet man den seit dem 14. Jahrhundert in London beheimateten Sitz des Berufsstands der “barristers”. Heute existieren noch vier der traditionellen “Inns of Court”: Gray’s Inn, Inner Temple, Lincoln’s Inn und Middle Temple. In direktem Kontakt zur täglichen Praxis ihrer Ausbilder werden angehende “barristers” dort noch heute auf den Beruf vorbereitet. Die Ausbildung beinhaltet die Teilnahme an nachgestellten Gerichtsverfahren (“moot courts”)⁷⁶ und die Mitarbeit in aktuellen Prozessen. Die praxisorientierte Schulung bringt Juristen hervor, deren Fähigkeiten weniger auf wissenschaftlicher Methode und systematischer Durchdringung der Materie beruhen als vielmehr auf reichhaltiger Erfahrung und empirischer Kenntnis des Rechts.

72. *Abel-Smith/Stevens* S. 39.

73. *Abel-Smith/Stevens* S. 56 f.

74. *Abel-Smith/Stevens* S. 56.

75. *Abel-Smith/Stevens* S. 57.

76. Zum Ablauf eines “moot court” innerhalb der “Inns of Court” siehe *Jackson/Spencer* S. 336.

Auch die “solicitors”, die anders als “barristers” üblicherweise nicht vor Gericht auftreten und sich auf die rechtliche Beratung und außergerichtliche Prozessvorbereitung spezialisieren, bilden ihren Nachwuchs unter der Ägide ihrer berufsständischen Vereinigung, der Law Society, selbst aus.⁷⁷

In der überwiegend praxisorientierten Juristenausbildung⁷⁸ liegt möglicherweise eine Erklärung dafür, dass englischen “solicitors” und “barristers” noch vor zehn Jahren eine anti-intellektuelle Tradition nachgesagt wurde,⁷⁹ obwohl sich die Rechtslehre seit dem Zweiten Weltkrieg inzwischen an mehr als dreißig Universitäten etabliert hat.⁸⁰ *Spencer* illustriert dies wie folgt:

“In 1985 a Queen’s Counsel prominent at the criminal Bar told the editor of this book that studying law at university was ‘a complete waste of time’, because any bright young man ‘can pick up all he needs to know in six months of evening classes, and the rest as he goes along’.”⁸¹

Bezeichnend dafür, welcher Rang der akademisch-juristischen Ausbildung im Werdegang junger “solicitors” noch heute zugemessen wird, ist ferner der Umstand, dass sämtliche englischen Anwaltskanzleien bis hin zu den prominenten Londoner “city firms” als Nachwuchskräfte “trainee solicitors” anwerben, die keinerlei juristische Vorbildung besitzen. Vielmehr bekunden die für die Einstellung von Nachwuchskräften zuständigen Partner dieser Firmen einhellig, dass der Erwerb eines beliebigen Universitätsabschlusses, ob inhaltlich mit “law” verwandt oder nicht, ohne weiteres als ausreichende Qualifikation angesehen wird.⁸² Naturwissenschaftler und Historiker beispielsweise konkurrieren daher gleichrangig mit Juraabsolventen um die begehrten Ausbildungsplätze als “solicitor”. Theoretische Rechtskenntnisse erwerben sich solche Quereinsteiger in einem einjährigen Kurs

77. *Abel-Smith/Stevens* S. 52 f.

78. Eine besonders ausführliche Darstellung der Ausbildung und beruflichen Tätigkeit von “solicitors” und “barristers” bietet das Werk von *Abel-Smith* und *Stevens* auf S. 38–165 sowie S. 317–351.

79. *Jackson/Spencer* S. 345: “In other countries an essential part of the education and training of lawyers has always been taking a degree in law. This has never been the case in England. Indeed, there is a noticeable tradition of anti-intellectualism in both branches of the legal profession in England, and particularly at the Bar.”

80. *Jackson/Spencer* S. 345.

81. *Jackson/Spencer* S. 345.

82. Vgl. die Sammlung von Zitaten in *Evans/Perks* S. 285.

vor Beginn der Ausbildung in den Kanzleien.⁸³ Ungeachtet ihrer Kürze und Praxisnähe wird diese Ausbildungsstufe als “academic stage” bezeichnet,⁸⁴ obwohl sie nicht an den traditionellen Universitäten, sondern in entgeltpflichtigen Praktikerkursen stattfindet. Diese werden am “College of Law” mit Ausbildungszentren in London, Guildford, Chester und York sowie an acht polytechnischen Universitäten in den Provinzen Englands angeboten.⁸⁵ Absolventen derartiger Schnellkurse werden ebenso zur praktischen Anwaltsausbildung zugelassen wie Inhaber eines juristischen Universitätsdiploms, dessen Erwerb immerhin drei Jahre in Anspruch nimmt. Selbst ohne jegliches Theoriestudium war es noch 1989 möglich, sich nach einer fünfjährigen praktischen Ausbildung um eine Stelle als “trainee solicitor” zu bewerben.⁸⁶ Allerdings darf die Differenz zwischen den Rechtskenntnissen eines “law graduate” mit juristischem Universitätsdiplom und dem eines Quereinsteigers nicht überbewertet werden, da sich das an den Universitäten gelehrt Curriculum auf theoretisches Grundlagenwissen konzentriert, das für den beruflichen Erfolg in der Praxis ohnehin als entbehrlich gilt.⁸⁷

Heute hat die Mehrzahl des anwaltlichen Nachwuchses ein akademisches Studium absolviert, ein Großteil von ihnen in “law”. Trotzdem werden noch immer so große Zahlen von Berufsanfängern ohne juristischen Universitätsabschluss rekrutiert, dass dies in der Öffentlichkeit Bedenken weckt.⁸⁸ So veranschaulicht das System der juristischen Ausbildung, dass Praxisorientierung und Pragmatismus nach wie vor das englische Rechtsdenken prägen.

83. *Abel-Smith/Stevens* S. 53 f.

84. *Jackson/Spencer* S. 348, 350.

85. *Jackson/Spencer* S. 350.

86. *Jackson/Spencer* S. 349.

87. Vgl. die bei *Evans/Perks* S. 285 zitierte Aussage eines “barrister”: “As for whether non-law graduates know enough law, the answer is that the essentials for a successful start in practice – apart from basic legal knowledge – are the abilities to think rigorously, grasp detail and communicate effectively.”

88. *Professor Birks* hat 1993 in einem Zeitungsartikel mit dem Titel “Rough Justice for Students” Bedenken gegen die wachsende Zahl der Berufsanfänger bei “solicitors” und “barristers” geäußert, die keinerlei juristische Universitätsbildung haben; vgl. *The Times* 14 September 1993.

V. Judikative als Motor der Rechtsentwicklung

Die Unterschiede zwischen deutschem und englischem Recht sind ferner damit zu erklären, dass die hier untersuchten Gewährleistungsregeln von unterschiedlichen Institutionen entwickelt wurden. Damit ist die Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Judikative angesprochen.

In Deutschland wird die Schaffung sämtlicher zivilrechtlicher Normen primär als Aufgabe der Legislative angesehen. Die Rolle der Richter ist grundsätzlich auf Interpretation und Anwendung des vom Parlament gesetzten Rechts beschränkt; Analogien und richterliche Rechtsfortbildung stellen die Ausnahme dar.⁸⁹

Englisches Recht wird nicht nur vom Parlament, sondern auch von der Rechtsprechung geschaffen, die von einer knapp 200 Richter zählenden Elite an den Gerichten Londons dominiert wird: High Court, Court of Appeal und House of Lords.⁹⁰ Die Entwicklung des Zivilrechts lag traditionell in der Hand der Judikative. Insbesondere die für den Unternehmenskauf relevanten Gewährleistungsregeln gehen größtenteils auf das richterrechtliche "common law" zurück. Erst in der vergleichsweise jüngeren Vergangenheit hat das Parlament mit dem Misrepresentation Act 1967 und dem Unfair Contract Terms Act 1977 Gesetze erlassen, die für den Unternehmenskauf von Bedeutung sind.

Die unterschiedliche Rollenverteilung zwischen den Institutionen wirkt sich auf die Entwicklung des materiellen Rechts aus:

Im Rahmen der parlamentarischen Gesetzgebung in Deutschland findet ein bewusster Akt der Rechtsetzung statt, der sich in einer abstrakt-generellen Verhaltensregel manifestiert. Diese kristallisiert sich zwischen Gesetzesentwurf und Verabschiedung einer Norm heraus. Mit dem Zeitpunkt des Gesetzeserlasses wird das Rechtssystem um einen neuen, zumindest theoretisch in sich abgeschlossenen und auf das übrige System abgestimmten Rechtssatz ergänzt. Den Gerichten obliegt es, diese Norm *ipso facto* anzuwenden. Eine Fortentwicklung dieses Rechtssatzes ist in der Folge nur eingeschränkt möglich, soweit Spielraum für unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten besteht. Den Zivilgerichten ist es verwehrt, die Geltung eines

89. Siehe Art. 20 Abs. 3 GG: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“

90. *Evans/Perks* S. 231 ff.; *Jackson/Spencer* S. 381. Die provinziellen "county courts" üben keinen nennenswerten Einfluss auf die Rechtsentwicklung aus.

kodifizierten Rechtssatzes in Abrede zu stellen oder die Norm abzuschaffen. Die Möglichkeit einer konkreten Normenkontrolle gemäß Art. 100 GG ändert daran nichts, da allein das Bundesverfassungsgericht als separate Kontrollinstanz die Wirksamkeit gesetzlicher Normen verbindlich beurteilen kann.⁹¹

Richterrechtliche Normen hingegen entstehen evolutionär und entwickeln sich kontinuierlich weiter. Die Entstehung von Rechtssätzen des englischen “common law” lässt sich keinem präzisen *Zeitpunkt* des Normerlasses zuordnen, sondern allenfalls einem *Zeitraum* der Normentwicklung, der weitaus größer ist als die Phase von der Gesetzesinitiative bis zum Gesetzeserlass. Selbst wenn ein Präzedenzfall einen bis dahin unbekanntem Rechtssatz erstmals als geltendes Recht postuliert, ist dessen vollständige Tragweite nur in Zusammenschau mit anderen zeitlich vorausgehenden und nachfolgenden Urteilen ersichtlich, in deren Kontext der Präzedenzfall interpretiert wird.

Vor diesem Hintergrund ist die Geisteshaltung englischer Juristen zu verstehen, der zufolge es niemals genuin neues Recht geben kann. Ähnlich wie die Anhänger der Naturrechtsphilosophie betrachten sie das Recht als ein von menschlicher Einwirkung unabhängiges Phänomen, das seit unvordenklichen Zeiten als Axiom existiert und sich in den von Menschen formulierten Regeln nicht konstituiert, sondern lediglich manifestiert. *Lord Denning*, die schillerndste Gestalt im englischen Gerichtswesen des zwanzigsten Jahrhunderts, beschreibt diese Einstellung mit den Worten:

“Lawyers, you know, are sometimes prone to think that no new law is ever created. It has existed, they think, from time immemorial and is embodied in existing precedents.”⁹²

Faktisch ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass erst die richterliche Postulierung einen Rechtssatz als aktiven Bestandteil der Rechtsordnung neu entstehen lässt. Selbst wenn man die soeben dargestellte naturrechtliche Sichtweise teilt, sind nicht proklamierte Normen allenfalls passive Bestandteile der Rechtsordnung und damit für die Rechtsanwendung irrelevant. “Common law” wird folglich von den Gerichten geschaffen, während “statutory law” vom Parlament erlassen wird. Dass die Rolle der Gerichte als Rechtsetzungsorgan des “common law” heute unbestritten ist, bestätigt *Lord Edmund-Davies*:

91. Siehe Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG.

92. *Denning* S. 10.

“The simple and certain fact is that judges inevitably act as legislators.... The inevitable interim between the discovery of social needs and demands and the provision of legislative remedies to meet them presents judges with the opportunity (indeed, it imposes upon them the *duty*) of filling the need and meeting the demand in accordance with their notions of what is just. Nolens volens they thereby act as law-makers.”⁹³

Allerdings herrscht Uneinigkeit darüber, wie weit die Freiheit der Gerichte zur Rechtsetzung geht. *Lord Denning* geht davon aus, dass die Gerichte ständig neues Recht schaffen. Er schätzt den Anwendungsbereich richterlicher Rechtsetzung als sehr weit ein:

“The truth is that the law is uncertain. It does not cover all the situations that may arise. Time and again practitioners are faced with new situations, where the decision may go either way. No one can tell what the law is until the courts decide it. The judges do every day make law, though it is almost heresy to say so.”⁹⁴

Zu berücksichtigen ist, dass die Meinung des für seine progressive Einstellung bekannten *Lord Denning* nicht mit dem Standpunkt der gesamten Richterschaft gleichzusetzen ist. *Lord Denning* ist das Sinnbild eines innovativen Richters, der durch beharrliches Infragestellen als sinnentleert empfundener Regeln viele Neuentwicklungen angestoßen hat. Diese Haltung hebt ihn von der Mehrheit der englischen Richter ab, die hinsichtlich richterrechtlicher Innovationen (“judicial activism”) zurückhaltender sind. Am entgegengesetzten Ende des Meinungsspektrums liegt der Standpunkt konservativer Richter. *Lord Simmonds* beispielsweise, der von 1944 bis 1962 dem House of Lords angehörte und von 1951 bis 1954 das Amt des Lord Chancellor innehatte, betrachtet die Rechtsetzung als Aufgabe des Parlaments:

“For me heterodoxy, or as some might say, heresy, is not the more attractive because it is dignified by the name of reform. Nor will I easily be led by an undiscerning zeal for some abstract kind of justice to ignore our first duty, which is to administer justice according to law, the law which is established for us by an Act of Parliament or the bind-

93. Zitiert nach *Zander* S. 347.

94. *Hamson – Denning* S. 31.

ing authority of precedent. The law is developed by the application of old principles to new circumstances. Therein lies its genius. Its reform by the abrogation of these principles is the task not of the courts but of Parliament.”⁹⁵

Dieser Aussage zufolge liegt die Aufgabe der Gerichte darin, auf der Grundlage des *status quo* Recht zu sprechen. Sollten die so erreichten Resultate sich als unbefriedigend erweisen, habe der Gesetzgeber einzuschreiten. Damit widerspricht *Lord Simmonds* dezidiert der von *Lord Denning* propagierten Ansicht, die Judikative habe den Auftrag, das Recht ständig zu aktualisieren und zu reformieren.

Der Mehrheit englischer Richter wird ein vermittelnder Standpunkt zugeschrieben, dem zufolge die Gerichte grundsätzlich nur mit der Rechtsanwendung betraut sind, während richterliche Rechtsetzung und -fortbildung die Ausnahme darstellen. *Atiyah* fasst diese Sichtweise wie folgt zusammen:

“A judge’s duty, an English judge would say, is primarily to apply the law, and previous judicial decisions in the courts of last resort *are* the law. The judge does, of course, have a secondary lawmaking function where there are no prior decisions, but these gaps in the law are relatively few and far between. Only in quite exceptional circumstances, therefore, should the judge’s secondary, law-making function be permitted to operate where a clear prior decision already determines the rules. These perceptions of law, rules, and gaps in the system are, of course, open to philosophical challenge, but few observers of the English legal scene would dispute that they are held by an overwhelming number of judges, and indeed by most practicing lawyers too.”⁹⁶

Die Unklarheit darüber, in welchem Maße englische Gerichte Aufgaben der Legislative wahrnehmen dürfen, weckt verschiedene Bedenken:

Zunächst ist möglich, dass die Wahrnehmung legislativer Aufgaben durch die englische Judikative das institutionelle Gleichgewicht im Verhältnis zum Parlament stören könnte. Eine derartige funktionelle Überschneidung von Staatsfunktionen entspricht zumindest nicht dem erstmals 1787 von *Madison, Jay* und *Hamilton* entwickelten Konzept der “checks and balances”. Für die Gewährleistungshaftung

95. *Midland Silicones Ltd v Scruttons Ltd* [1962] A.C. 446, 467 ff.

96. *Atiyah* 37 *Southwestern L.J.* 1983, 545.

beim Unternehmenskauf wird dies insofern relevant, als insbesondere offene Tatbestände richterlicher Willkür Vorschub leisten könnten. Tatbestände, die sich als von der Rechtsfolge her determiniert erweisen, könnten als Deckmantel richterlicher Voreingenommenheit missbraucht werden.⁹⁷

Ferner erscheint die Argumentation mit einem seit unvordenklichen Zeiten existierenden (Natur-)Recht aus Sicht eines deutschen Juristen, der an Kompetenzzuweisungen in einer geschriebenen Verfassung gewöhnt ist, dogmatisch als wenig überzeugend, da sie die Bindungswirkung von Rechtssätzen mit der normativen Kraft des Faktischen legitimiert. Bei näherer Betrachtung erweist sich, dass dadurch lediglich die historische Kontinuität richterrechtlicher Normen betont wird, ohne dass dies ihren Geltungsanspruch rechtfertigen würde. Das naturrechtliche Argument stellt folglich einen Zirkelschluss dar, weil die Bindungswirkung von Normen allein damit gerechtfertigt wird, dass sie in der Vergangenheit nicht in Frage gestellt worden sind.

Derartigen Bedenken wird in England jedoch keine nennenswerte Bedeutung beigemessen. Die Doppelfunktion der Gerichte als Organe der Rechtsetzung und Rechtsprechung ist sowohl verfassungsrechtlich als auch sozial legitimiert:

1. Verfassungsrechtliche Legitimation

Die doppelte Funktion der Gerichte als Judikative und Legislative beruht darauf, dass die Richter verfassungsrechtlich als Repräsentanten der Krone legitimiert sind. Das House of Lords versteht sich selbst als höchste Autorität des "common law" und damit als neben dem Parlament gleichberechtigtes, rechtsetzendes Organ des

97. *Lücke* formuliert den Vorwurf der Willkür im Wege einer von einer hypothetischen, im Rechtsstreit unterlegenen Zivilpartei an einen Richter adressierten, persönlichen Beschwerde wie folgt: "No rule such as the one you have stated was to be found in the law before you chose to announce it. You are a skilful lawyer and master rationaliser: hence it was easy enough for you to formulate such a proposition and to act as if it were a rule of general application. To me it is only window-dressing, intended to conceal your real motive: to vent your prejudice against me and people like me", in: 98 L.Q.R. 1982, 29, 74.

Vereinigten Königreichs.⁹⁸ Hervorzuheben ist, dass die Kompetenz für die Rechtsprechung nicht originär der Judikative zugewiesen ist. Nach der ungeschriebenen englischen Verfassung ist die Krone Ursprung allen Rechts (“fountain of justice”), die ihre Kompetenz an die Gerichte delegiert.⁹⁹

a) Gewaltenteilungsprinzip

In dieser Rollenverteilung spiegelt sich die englische Auffassung vom Gehalt des Gewaltenteilungsprinzips wider. Die institutionelle Machtverteilung durch “separation of powers” ist grundlegender Bestandteil der englischen Verfassung, doch wird sie bezüglich der Trennung von Judikative und Legislative in England weniger rigoros interpretiert als in Deutschland:

In England wird die Bezeichnung “House of Lords” sowohl für das parlamentarische Oberhaus als auch für das oberste Appellationsgericht verwendet.¹⁰⁰ Schon diese Namensidentität weist darauf hin, dass Legislative und Judikative nicht strikt voneinander getrennt sind. Ursprünglich bestand dieses kurz als “House of Lords” bezeichnete Gericht aus den “Lords Spiritual and Temporal”, den klerikalen und säkularen Mitgliedern des parlamentarischen Oberhauses, die größtenteils juristische Laien waren. Diese Lords waren in Personalunion sowohl für die Gesetzgebung als auch für die Rechtsprechung in letzter Instanz verantwortlich. Auch wenn die Rechtsprechung in letzter Instanz heute nicht mehr von Parlamentariern, sondern von Berufsrichtern, den “Lords of Appeal in Ordinary” oder kurz “Law Lords”, ausgeübt wird, erklären die institutionellen Wurzeln des House of Lords, warum das Gewaltenteilungsprinzip in England so wenig strikt ausgelegt wird.¹⁰¹

98. *Denning* S. 34: “The House of Lords is more than another court of law. It is more than another court of appeal. It is the Court of Parliament itself. It acts for the Queen as the fountain of justice in our land. It must, of course, correct errors that have been made by the courts below: but it should do more. It lays down, or should lay down, the fundamental principles of the law to govern the people”; *Radcliffe* S. 215: “The legislature and the judicial process respectively are two complementary sources of law-making, and in a well ordered state each has to understand its respective functions and limitations. Judicial law is always a reinterpretation of principles in the light of new combinations of facts, of which very relevant ones, unprovable by evidence, are the current beliefs of the society in which those facts occur.”

99. *Denning* S. 8: “The House of Lords, when it hears cases judicially, does so as the delegate of the Sovereign, who is, by our constitution, the fountain of justice.”

100. Die vollständige Bezeichnung des obersten englischen Appellationsgerichts lautet “Judicial Committee of the House of Lords”.

101. Zugleich veranschaulicht dies die in England verbreitete Auffassung, dass keineswegs nur akademisch ausgebildete Juristen als Organe der Rechtspflege in Frage kommen; vgl. dazu im einzelnen die Ausführungen ab Seite 211.

Mitunter wird vertreten, dass gerade das Fehlen einer expliziten Abgrenzung der Funktionen von Judikative und Legislative die Gerichte dazu veranlasst, sich eine Selbstbeschränkung aufzuerlegen. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass exzessive richterliche Kreativität bei der Rechtsetzung vom Parlament zum Anlass für eine gesetzliche Beschneidung der richterlichen Freiheiten genommen werden könnte. Dies lässt sich den Worten *Lord Scarman*s entnehmen:

“Great judges are in their different ways judicial activists. But the Constitution’s separation of powers, or more accurately, functions must be observed if judicial independence is not to be put at risk. For, if people and Parliament come to think that the judicial power is to be confined by nothing other than the judge’s sense of what is right (or, as Selden put it, by the length of the Chancellor’s foot), confidence in the judicial system will be replaced by fear of it becoming uncertain and arbitrary in its application. Society will then be ready for Parliament to cut the power of the judges. Their power to do justice will become more restricted by the law than it need be, or is today.”¹⁰²

In Deutschland versteht man unter Gewaltenteilung die organisatorische Trennung von Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung, die sich im Hinblick auf den Zweck der Mäßigung der Staatsgewalt gegenseitig kontrollieren und begrenzen.¹⁰³ In diesem System funktioneller und organisatorischer Gewaltenteilung ist richterliche Rechtsfortbildung nur zulässig, wenn das geltende Recht Lücken aufweist; zudem ist der eindeutige Wortlaut und Sinn vorhandener Rechtsvorschriften zu respektieren.¹⁰⁴ Art. 97 Abs. 1 GG bekräftigt, dass Richter dem Gesetz unterworfen sind. Daraus ergibt sich ein prinzipieller Vorrang parlamentarisch gesetzten Rechts vor dem Richterrecht.¹⁰⁵

102. *Duport Steels Ltd v Sirs* [1980] 1 All E.R. 529, 551.

103. *Jarass/Pieroth* Art. 20 Rn. 23 ff.

104. BVerfGE 34, 269, 287; 59, 330, 334; 69, 315, 369, 371; 354, 362 f.; 78, 20, 24.

105. Mit den Auswirkungen von Gewaltenteilung, Gesetzesbindung und Rechtsstaatlichkeit sowie dem Verhältnis von Gesetz im besonderen zum Recht im allgemeinen setzt sich *Hirsch* ausführlich auseinander; vgl. *Hirsch* S. 159 bis 199.

b) Einfluss des Rechtsstaatsprinzips

Auch das in Deutschland herrschende Verständnis des Rechtsstaatsprinzips wirkt sich auf das materielle Recht aus: Der sogenannte Wesentlichkeitsgrundsatz erfordert die demokratische Legitimation wesentlicher Rechtsnormen durch parlamentarische Gesetzgebung, der Bestimmtheitsgrundsatz macht eine klare Begrifflichkeit zur Wirksamkeitsvoraussetzung gesetzlicher Normen.

Obwohl diese Charakteristika im allgemeinen als eine der Stärken des deutschen Rechtssystems anerkannt werden, verkehrt sich ihre positive Funktion, Rechtssicherheit durch feste, vorhersehbare Regeln zu schaffen, für die Fortbildung kodifizierten Rechts ins Negative. Das für den Sachkauf geschaffene Gewährleistungsrecht erweist sich bei Anwendung auf den Unternehmenskauf als unbefriedigend. Die im Interesse der Rechtssicherheit erwünschte Bestimmtheit von Tatbestandsmerkmalen hat hier wegen ihrer Rigidität die Wirkung eines Hemmschuhs. Die Judikative hat systemerweiternde Analogien bislang nur ansatzweise zugelassen, um nicht unter Verletzung des Gewaltenteilungsgrundsatzes¹⁰⁶ in die Prärogative der Legislative einzugreifen.

Der Gesetzgeber hat sich des Problems jedoch bislang noch nicht angenommen. Angesichts der wachsenden wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmenskaufs ist dies unbefriedigend, weil als Folge der derzeitigen Akquisitionswelle eine wachsende Anzahl von Rechtsstreitigkeiten zu erwarten ist.

Aus rechtsvergleichender Sicht veranschaulicht diese Situation, dass in einem kodifizierten Rechtssystem bei Untätigkeit des Gesetzgebers adäquate Regeln nicht immer durch richterliche Rechtsfortbildung geschaffen werden können. Das lenkt den Blick auf eine Schwäche des von einem parlamentarischen Gesetzgeber geschaffenen Rechts. Ein Gesetzgebungsverfahren erfordert viel Zeit. Mitunter vergehen Jahre, bis ein Gesetzesentwurf verabschiedet wird. Hinzu kommt, dass das für Unternehmenskäufe relevante Gewährleistungsrecht keine breite soziale Relevanz hat. Reformen in diesem Bereich zu fördern, ist daher keine Aktivität, mit deren Hilfe sich viele Wählerstimmen gewinnen lassen. So ist es verständlich, dass die hier diskutierten Regelungen für Politiker keine Priorität darstellen.

Die Gerichte hingegen sind in der täglichen Praxis gezwungen, Unzulänglichkeiten rechtlicher Regelungen im Rahmen der ihnen zustehenden Möglichkeiten auszuräumen. Richter können unverzüglich und unbeeinflusst von sachfremden Erwägungen – wie etwa das Streben nach Anerkennung durch die Wählerschaft –

106. Siehe dazu schon oben ab Seite 219.

Änderungen anstoßen. Diese dem Richterrecht eigene Flexibilität ist einer der Gründe dafür, dass die Gewährleistungsregeln des englischen “common law” das Phänomen des Unternehmenskaufs unkomplizierter und sachnäher behandeln als die Normen des BGB. Die Kodifikation des Gewährleistungsrechts ist seit Erlass des BGB im wesentlichen unverändert geblieben. Wegen der Rigidität kodifizierten Rechts sehen sich die deutschen Gerichte deshalb mit dem Problem konfrontiert, angemessene Lösungen zu finden, ohne das Gesetz zu missachten. Da es den Gerichten nur eingeschränkt gestattet ist, gesetzliche Regelungen zu modifizieren, müssen sie sich mit dogmatischen Hilfskonstruktionen behelfen.¹⁰⁷

In diesem Zusammenhang erweist sich die klare, aber rigide Struktur des BGB im Vergleich zu den relativ diffusen, aber flexiblen Regeln des “common law” als nachteilig:

Das BGB beinhaltet eine ausdifferenzierte Vertragstypologie. Zweiseitige Rechtsgeschäfte werden ihrer Rechtsnatur nach als Kauf-, Miet-, Pacht- oder sonstiger Vertrag eingeordnet. Problematisch ist dabei, dass sich der Typus des Kaufvertrags an den Ende des 19. Jahrhunderts prädominanten Kaufarten orientiert, insbesondere am Sachkauf. Deshalb trifft das kodifizierte Recht keinerlei Vorkehrungen für die Besonderheiten des Unternehmenskaufs. Das führt dazu, dass Anpassungen durch richterliche Auslegung oder Analogiebildung erforderlich werden.

Das englische Zivilrecht hingegen differenziert nicht nach Vertragsarten; es existiert nur die allgemeine Kategorie des „Vertrags“ *per se*. Das Gewährleistungsrecht ist dementsprechend für alle Vertragstypen identisch; den Besonderheiten individueller Verträge wird unabhängig von der Vertragsart bei der richterlichen Einzelfallentscheidung Rechnung getragen. So wird das weniger systematisierte, aber flexiblere Gewährleistungsrecht des “common law” auch an die speziellen Anforderungen des Unternehmenskaufs angepasst.

2. Soziale Legitimation

Über die formale, verfassungsrechtliche Legitimation hinaus kann die englische Judikative ihren Anspruch, höchste rechtssetzende Autorität des englischen “common law” zu sein¹⁰⁸, mit einer hohen gesellschaftlichen Akzeptanz rechtfertigen.

107. Siehe oben Seite 55 ff.

108. *Denning* S. 34.

Zuvorderst ist der makellose Ruf englischer Richter zu nennen, unabhängig und unparteiisch zu sein: Das kann geschichtlich darauf zurückgeführt werden, dass der englische Richterstand in verfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen die institutionelle Unabhängigkeit der Judikative erkämpft hat.¹⁰⁹ Daraus leitet sich die Freiheit jedes einzelnen Richters ab, in eigener Verantwortung zu urteilen.¹¹⁰ Von dieser Freiheit macht die englische Richterschaft in derart sachkundiger und verantwortungsvoller Weise Gebrauch, dass sie in der breiten Öffentlichkeit als Inbegriff von fachlicher Exzellenz, Unvoreingenommenheit und Objektivität gilt. *Abel-Smith* und *Stevens* haben in einer umfassenden rechtssoziologischen Untersuchung festgestellt:

“Among the middle classes ... the English judges are held in awe not only as the embodiment of ‘all that is good and excellent’, but also as the epitome of impartiality and objectivity.”¹¹¹

Weil englische Richter ihre Urteile in Form und Ausdrucksweise individuell gestalten, wird die englische Rechtsprechung stark von der Persönlichkeit der Richter geprägt.¹¹² Die Diktion englischer Urteile weist ein unverkennbar subjektives Element auf. Der Stil ist geprägt durch die Verwendung der ersten Person, persönliche Stellungnahmen und rhetorische Ausschmückungen. *Lord Scarman* hat in einer Rede vor einer Konferenz deutscher Richter darauf hingewiesen, dass die den Richtern gewährte Gestaltungsfreiheit die Vitalität des “common law” positiv beeinflusst:

“It cannot be doubted that the vigour of English law derives largely from the breath-taking freedom of choice allowed to English judges in the style and substance of the reasoning which they adduce to support the orders that they make. From this freedom is derived also the high literary quality which is one of the most stimulating and refreshing features of the Law Reports. Laymen as well as lawyers can find good reading in the decisions of the judges, as indeed is evidenced by the

109. *Lücke* 98 L.Q.R. 1982, 29, 75; *Shetreet* S. 2 ff.

110. *Zander* S. 298.

111. *Abel-Smith/Stevens* S. 163 ff. *Lücke* setzt sich eingehend mit der Bedeutung richterlicher Unparteilichkeit für das richterrechtliche “common law” auseinander; siehe *Lücke* 98 L.Q.R. 1982, 29.

112. *Abel-Smith/Stevens* S. 167 ff.; *Radcliffe* S. 212.

anthologies of judgments chosen for their literary quality which are published from time to time. It is no exaggeration to say that some judgments rank as great literature, as full of passion and eloquence as they are of technical learning.”¹¹³

Dass englische Urteile allein ihrer literarischen Qualität wegen veröffentlicht werden, zeugt von ihrem untechnischen Stil, der auch juristischen Laien zugänglich ist. Beispielsweise ist das folgende Votum *Lord Atkins* in der Entscheidung *Liversidge v Anderson* berühmt geworden:

“In this country, amid the clash of arms, the laws are not silent. They may be changed, but they speak the same language in war as in peace. It has always been one of the pillars of freedom, one of the principles of liberty for which on recent authority we are now fighting, that the judges are no respecters of persons and stand between the subject and any attempted encroachments on his liberty by the executive, alert to see that any coercive action is justified in law. In this case I have listened to arguments which might have been addressed acceptably to the Court of King’s Bench in the time of Charles I.

I protest, even if I do it alone, against a strained construction put on words with the effect of giving an uncontrolled power of imprisonment to the minister.”¹¹⁴

Aus dem letzten Satz wird ersichtlich, dass sämtlichen bei Kammerentscheidungen mitwirkenden Richtern gestattet ist, eigene Voten abzugeben und zu begründen. Die daraus resultierende Stilvielfalt trägt zum hohen Unterhaltungswert englischer Urteile bei.

Die freie Gestaltung von Aufbau und Ausdrucksweise englischer Gerichtsentscheidungen steht im Kontrast zu dem streng formalisierten¹¹⁵ deutschen Urteilsstil. Deutsche Zivilurteile werden so neutral formuliert, dass ihr Stil kaum Rückschlüsse auf den individuellen Verfasser zulässt. Die im deutschen juristischen Sprachgebrauch anzutreffende Bezeichnung eines Gerichts als „Spruchkörper“ exemplifi-

113. *Scarman* 30 M.L.R. 1967, 1 f.

114. [1942] A.C. 206, 244.

115. *Anders/Gehle* Rn. 196–242.

ziert, dass Richter nicht als Individuen, sondern als Organe des Staates handeln. Die unpersönliche Form deutscher Urteile geht so weit, dass Entscheidungen eines mit mehreren Richtern besetzten Zivilgerichts stets mit einheitlicher Begründung ergehen, ohne dass Einzel- oder Minderheitsvoten publiziert werden.

Der Individualismus englischer Richter äußert sich nicht nur auf stilistischer, sondern auch auf inhaltlicher Ebene. Eine politikwissenschaftliche Studie vertritt die These, dass persönliche Ansichten der Richter die Entscheidungsfindung so stark dominieren, dass das Ergebnis eines jeden Prozesses in Abhängigkeit von der jeweiligen Besetzung des Spruchkörpers zuverlässig vorausgesagt werden könne.¹¹⁶

Damit stellt sich die Frage, ob etwaige politische Prädispositionen der Richter die Legitimation des für den Unternehmenskauf relevanten Gewährleistungsrechts untergraben.¹¹⁷ Eine Tendenz zu Vorurteilen könnte sich möglicherweise daraus ergeben, dass englische Richter einer auffällig homogenen, privilegierten Schicht entstammen¹¹⁸. Eine Ende in den siebziger Jahren durchgeführte Studie ergab, dass 84 % der Familien aller "barrister students" sich aus Selbständigen, leitenden Angestellten, Geschäftsführern und Beamten zusammensetzten.¹¹⁹ Dies ist indirekt aussagekräftig über den sozialen Hintergrund der Richterschaft, die sich fast ausschließlich aus den Reihen erfolgreicher "barristers" rekrutiert, während "solicitors" nur vereinzelt und Rechtslehrer überhaupt nicht zu Richtern ernannt werden.¹²⁰ Anders als in Deutschland ist es für Berufsanfänger unmöglich, eine juristische Karriere als Richter zu beginnen.

Wegen ihrer Herkunft aus vergleichsweise privilegierten Schichten der Gesellschaft ist den englischen Richtern beispielsweise vorgeworfen worden, sie seien den Gewerkschaften gegenüber voreingenommen.¹²¹ Eine statistische Untersuchung aller zwischen 1871 und 1966 unter Beteiligung einer Gewerkschaft geführten Prozesse lieferte jedoch keinerlei Anhaltspunkte für die Berechtigung dieses Vorwurfs.¹²²

116. *Robertson* S. 70, 108.

117. *Griffith* S. 336.

118. *Mancini* 43 M.L.R. 1980, 1.

119. Evidence to the Royal Commission on Legal Services of the College of Law, 1977, S. 5.

120. *Abel-Smith/Stevens* S. 175; *Jackson/Spencer* S. 378; *Shetreet* S. 54 ff., 58. Zu Einzelheiten betreffend die Rekrutierung aus den Reihen der "barristers" siehe Seite 229 ff.

121. Vgl. die Ausführungen bei *Zander* S. 305 und *Jackson/Spencer* S. 378, die diese jeweils ohne Quellenangabe angeführte Ansicht selbst nicht teilen.

Für den hier relevanten Bereich des Unternehmenskaufs fehlt es an entsprechenden Untersuchungen. Allerdings ist anzumerken, dass Rechtstreitigkeiten zwischen Unternehmenskäufern und -verkäufern ohnehin kein soziales Konfliktpotential innewohnt. Soweit die Parteien eines Unternehmenskaufs überhaupt natürliche Personen sind, denen gegenüber sozial begründete Vorurteile zu befürchten wären, gehören beide als gegenwärtige bzw. zukünftige Unternehmens- oder Anteilseigner typischerweise der Oberschicht an, der auch die Richter entstammen.

Mithin besteht kein Anlass, die Legitimation der richterrechtlichen Regelungen des für Unternehmenskäufe relevanten Gewährleistungsrechts aufgrund sozial motivierter Vorurteile der Richter anzuzweifeln.

Vereinzelt wird die Neutralität der englischen Richter mit dem Argument in Abrede gestellt, dass Richter unabhängig von ihrem sozialen Hintergrund schon allein wegen ihrer Funktion voreingenommen seien: Kraft ihres Amtes seien sie darauf bedacht, den *status quo* zu bewahren. Daher stünden sie in einem Interessenkonflikt mit jeglichen Prozessparteien, die gesellschaftlichen Wandel anstreben.¹²³ Ob diese kontroverse These angesichts der beachtlichen Gegenargumente¹²⁴ aufrecht zu erhalten ist, kann für den hier relevanten Kontext offen bleiben. Unternehmenskäufer und -verkäufer sind in der Regel kraft ihrer privilegierten wirtschaftlichen Stellung dem "establishment" zuzurechnen, dem auch die Mehrzahl der Richter angehört. Somit ist nicht ersichtlich, warum sie mit etwaigen Ressentiments konservativ eingestellter Richter zu rechnen hätten. Selbst wenn man die Bedenken bezüglich angeblicher sozialer Vorurteile der Richterschaft teilt, besteht daher kein Grund, die Legitimation der beim Unternehmenskauf geltenden Gewährleistungsregeln wegen fehlender richterlicher Neutralität in Frage zu stellen.

Die Schaffung des Gewährleistungsrechts durch die englischen Gerichte ist folglich sowohl verfassungsrechtlich als auch sozial legitimiert. Abgesehen von der zirkelschlussartigen Berufung auf die axiomatische Existenz des "common law" seit unvordenklichen Zeiten ist kein wesentlicher Unterschied zur Legitimation des vorrangig auf Parlamentsgesetzen beruhenden deutschen Rechts festzustellen.

122. *O'Higgins/Partington* 32 M.L.R. 1969, 53.

123. *Griffith* S. 319, 327 ff.

124. *Devlin* 41 M.L.R. 1978, 505 ff.

VI. Einfluss der Anwälte auf die Entwicklung des Richterrechts

Nicht nur Richter, sondern auch Anwälte beeinflussen das Richterrecht des “common law”. In einer Ansprache zum Thema “Law and Order” bemerkte *Viscount Radcliffe* zur Rechtsfortbildung im Rahmen des “common law”:

“... under our system a court decision is formed out of the work of those who prepare a case, those who argue it before the court and those who ultimately explain and record their view, so a decision of even a final court, when pronounced has only begun its life as a constituent of the full corpus of the law ...”¹²⁵

Der Berufsstand der Anwälte ist in England zwischen “solicitors” und “barristers” zweigeteilt. Die beiden Berufsgruppen unterscheiden sich vor allem im Hinblick auf ihre Rolle im Gerichtsprozess. Trotz der Reformen in jüngerer Vergangenheit übernehmen “solicitors” üblicherweise die außergerichtliche Rechtsberatung und Prozessvorbereitung (“those who prepare a case”), während “barristers”, auch “counsel” genannt, vor Gericht auftreten (“those who argue [a case] before the court”).¹²⁶ “Solicitors” beraten die Parteien eines Zivilprozesses in direktem Kontakt, leisten juristische Vorarbeiten und instruieren die “barristers”. Letztere übernehmen die Ausarbeitung detaillierter Gutachten zu Einzelfragen (“legal opinions”) und plädieren vor Gericht (“advocacy”). Beide Tätigkeitsbereiche waren ursprünglich voneinander separiert, doch steht es seit Erlass des Courts and Legal Services Act 1990 auch den “solicitors” frei, vor allen Gerichten aufzutreten. Faktisch ist die traditionelle Arbeitsteilung im wesentlichen bestehen geblieben.¹²⁷

125. *Radcliffe* S. 217.

126. Außerdem wurde der heute nur noch im US-amerikanischen Sprachgebrauch aktuelle Titel des “attorney” vor der Zusammenführung der englischen “common law courts” und “equity courts” für Rechtsberater verwendet, die in den Gerichten des “common law” praktizierten. In Abgrenzung dazu übten “solicitors” ihren Beruf in den “equity courts” aus; siehe *Abel-Smith/Stevens* S. 39.

127. *Evans* und *Perks* stellen die historische Entwicklung bis heute detailliert dar; siehe *Evans/Perks* S. 278 bis 304, insbesondere S. 280, 286.

1. Rekrutierung der Richter

Indirekt prägen “barristers” die Richterschaft dadurch, dass neue Richter fast ausschließlich aus der Mitte der “barristers” rekrutiert werden, insbesondere aus dem kleinen Zirkel erfolgreicher “Q.C.s”.¹²⁸ Die Abkürzung “Q.C.” umschreibt verdiente “barristers”, die auf Vorschlag des Lord Chancellor von der Queen zum “Queen’s Counsel” ernannt wurden.¹²⁹ Diese Auszeichnung wird als “taking silk” umschrieben, weil “Q.C.s” anders als gewöhnliche “barristers” das Recht haben, seidene Roben zu tragen.¹³⁰ Die Ernennung zum Richter gilt als die Krönung einer juristischen Karriere, unabhängig davon, ob es sich um eine Richterstelle am High Court, Court of Appeal oder House of Lords handelt.¹³¹

Die Arbeits- und Denkweise der “barristers” richtet sich in jahrzehntelanger Berufstätigkeit auf die Betreuung von Einzelfällen aus. Darum überrascht es nicht, dass bei der Fortentwicklung des “common law” kaum jemals rechtspolitische oder rechtssystematische Überlegungen im Vordergrund stehen. Weil die Richterschaft aus ehemaligen “barristers” besteht, perpetuiert sich das anwaltliche Einzelfalldenken an den Gerichten.

2. Beibringungsgrundsatz: “adversary procedure”

Des Weiteren beeinflussen “barristers” die Entwicklung des “common law” durch ihre Rolle im Gerichtsprozess. Nicht zuletzt aufgrund des Umstands, dass Richter aus den Reihen der “barristers” berufen werden, ist das englische Rechtssystem auf eine adversarische Prozessführung ausgerichtet (“adversary system”¹³²).

128. *Abel-Smith/Stevens* S. 175. Zu Einzelheiten betreffend die Ernennung englischer Richter siehe *Shetreet* S. 46 ff.

129. *Abel-Smith/Stevens* S. 117 f.; *Evans/Perks* S. 282. Die Gruppe der “Queen’s Counsel” wurde im 17. Jahrhundert von den Stuarts geschaffen. Ursprünglich umfasste sie nur “barristers”, die zu Rechtsvertretern der Krone ernannt wurden, doch seit dem Ende des 18. Jahrhunderts ist die Ernennung zu einem allgemeinen Privileg erfolgreicher “barristers” geworden, mit der üblicherweise eine Verringerung der Arbeitslast und eine Erhöhung des Einkommens einhergeht; vgl. *Jackson/Spencer* S. 338 f.

130. *Evans/Perks* S. 282; *Jackson/Spencer* S. 338.

131. *Denning* 30 M.L.R. 1967, 1, 8: “... a judge does not come to the bench looking for further promotion; judicial office is itself the apex of a legal career and it makes little difference, financially or otherwise, whether a man finds himself a High Court judge, a judge of the Court of Appeal or a judicial member of the House of Lords.”

132. *Zweigert/Kötz – Weir* S. 273. Zu Einzelheiten des adversarischen Systems in England siehe *Jolowicz* S. 185 ff.

“Barristers” spezialisieren sich in der Regel stark und sind deshalb Experten in den Gebieten, in denen sie vor Gericht auftreten. Mit der Ernennung eines “barrister” zum Richter verliert sein zuvor erworbenes Spezialwissen drastisch an Nutzen, da Richter für alle Arten von Rechtsstreitigkeiten zuständig sind. Eine Arbeitsteilung nach Sachgebieten existiert an den Gerichten nicht. Richter sämtlicher Instanzen sind gezwungen, als Generalisten Recht zu sprechen, nachdem sie jahrzehntelang als Spezialisten gearbeitet haben. Das hat zur Folge, dass der im deutschen Zivilprozess geltende Grundsatz *iura novit curia* nur eingeschränkt gilt. Englische Richter sind in hohem Maße darauf angewiesen, ihre Rechtsansicht anhand der Argumente der “barristers” zu bilden.

Das erklärt, warum *Zander* den adversarischen Zivilprozess in England bildhaft als Kampf zwischen Anwälten darstellt, bei dem der Richter sich im Hintergrund hält und die Rolle eines Schiedsrichters spielt:

“It is an axiom of the adversary system that the judge sits more or less silently as a kind of umpire whilst the battle rages between the lawyers in the case.”¹³³

Während dies auf die Tatsachenermittlung uneingeschränkt zutrifft, spielen die Richter bei der rechtlichen Beurteilung eines Sachverhalts eine aktivere Rolle. Selbst wenn ihnen die nötigen Spezialkenntnisse fehlen, unterziehen sie die Rechtsausführungen der “barristers” einer eingehenden Prüfung und stellen sie in detaillierten Befragungen auf die Probe. Je höher das handelnde Gericht in der Hierarchie der Judikative angesiedelt ist, desto mehr ähnelt der Austausch zwischen “counsel” und Gericht einem juristischen Seminar.¹³⁴ Diese Wesenszüge des englischen Zivilprozesses sind aus den in “Law Reports” publizierten Urteilen nicht zu ersehen, da anwaltliche Plädoyers in gekürzter Form abgedruckt werden. Die Einzelheiten des rhetorischen Diskurses zwischen “barristers” und Gericht werden laut *Lord Kilbrandon* nur in der Verhandlung selbst erkennbar.¹³⁵

Durch die Wahl ihrer rechtlichen Argumente beeinflussen Anwälte folglich in erheblichem Maße die vom Gericht erlassenen Urteile und dadurch auf lange Sicht letztlich auch den Inhalt des materiellen Rechts.

133. *Zander* S. 372.

134. *Zander* S. 372.

135. Zitiert nach *Zander* S. 373.

Die Auswahl der Argumente wird durch das Interesse des Klägers mitbestimmt, einen Anspruch mit dem geringstmöglichen Aufwand zu begründen, da jede Diskussion überflüssiger Aspekte Mehrkosten verursachen würde. Die vor Gericht plädierenden "barristers" verlangen für ihre Arbeit hohe Stundensätze, die der Kläger selbst im Falle des Obsiegens nicht unbedingt komplett auf den Beklagten abwälzen kann.¹³⁶ Daher werden nicht immer alle Rechtsgrundlagen vorgetragen, mit denen sich ein Anspruch begründen ließe. Für die Weiterentwicklung des Fallrechts ist dies insofern relevant, als Lücken in Regelungszusammenhängen von den plädierenden "barristers" umgangen werden können. Wenn zu einem konkreten Problem ausnahmsweise kein Präzedenzfall existiert, ist unvorhersehbar, wie das angerufene Gericht entscheiden wird. "Barristers" sind zur Wahrung der Interessen ihrer Mandanten verpflichtet. Daher besteht für "barristers" wenig Anlass, den Gerichten aus eigener Initiative Innovationen für das "common law" vorzuschlagen. Einfacher und sicherer ist es für sie, auf bewährte Lösungen zurückzugreifen. Auch unter einem anderen Gesichtspunkt sind systematische Verbesserungen des Fallrechts den Anwälten nicht unbedingt willkommen. Je unzugänglicher rechtliche Regeln für Laien sind, desto leichter ist es für Fachleute, einen Wissensvorsprung aufrechtzuerhalten, der sie unersetzlich macht.

"Barristers" üben daher auf die Fortentwicklung des "common law" tendenziell einen hemmenden Einfluss aus.¹³⁷ Innovationen gehen eher darauf zurück, dass Richter eigene Ideen in ihren Diskurs mit "barristers" einflechten.¹³⁸

136. *Jackson/Spencer* S. 451.

137. Das zeigt beispielsweise die 1999 und 2000 geführte Debatte um eine Vereinfachung der gesellschaftsrechtlichen Regeln betreffend Geschäftsführerpflichten ("directors' duties").

138. *Zander* S. 373.

VII. Inkrementelle Normevolution

Die Besonderheiten des englischen Gewährleistungsrechts lassen sich ferner darauf zurückführen, dass das “common law” einzelfallbezogen entwickelt wird.¹³⁹ Englische Gerichte lösen Sachprobleme nur dann, wenn sie in einem Rechtsstreit entscheidungserheblich sind. Offene Fragen werden nur beantwortet, soweit es für die konkrete Einzelfallentscheidung unerlässlich ist. Dies bestätigt *Robertson* auf der Grundlage einer umfassenden Untersuchung der Rechtsprechung des House of Lords:

“The Law Lords are, as noted, consciously incrementalist. In all sorts of cases, issues are left undecided because it is thought better to decide as little as possible and to leave the implications to be considered only when a new fact set absolutely requires it.”¹⁴⁰

Diese Art der Rechtsfindung wird als inkrementell (“incrementalist”) bezeichnet, weil sie die Rechtsfortbildung stets auf die kleinstmögliche Einheit (“increment”) beschränkt. Lücken in Regelungszusammenhängen werden nur dann geschlossen, wenn Sachverhalte zur Verhandlung kommen, die dies unumgänglich machen. Selbst dann konzentrieren sich die Richter vornehmlich darauf, die für den konkreten Einzelfall beste Lösung zu finden. Der Frage, ob sich die dabei verwendete Terminologie in ein widerspruchsfreies System fügt, wird bestenfalls sekundäre Bedeutung beigemessen. Die Judikative ist einer systematischen Strukturierung des “common law” gegenüber kritisch eingestellt. *Viscount Radcliffe*, einer der bedeutendsten englischen Richter des letzten Jahrhunderts, lehnte den Vorschlag einzelner Richter strikt ab, bei der Rechtsfindung im Interesse systematischer Rechtsfortbildung wissenschaftliche Methoden anzuwenden:

“The truth is, I believe, that the law must not be mistaken for a scientific pursuit. ... In our history of judgment-making too many decisions have begun by insisting that particular words have one particular meaning and then deducing that, if they have, certain consequences must necessarily follow. That is to put the icing on the cake, not to

139. Eine weiterführende Analyse der hier nur in ihren Grundzügen dargestellten juristischen Arbeitsweise englischer Richter bietet *Robertson* in einem ausführlichen Kapitel mit der Überschrift “How the Law Lords Work: Judicial Methodology and the Common Law”, *Robertson* S. 108 ff.

140. *Robertson* S. 400.

bake it. I am afraid that what I am saying is that the making of law is not a subject which is capable of anything like scientific demonstration, and there are some disadvantages in dressing it up to look as if it were.”¹⁴¹

Im Kontrast zu der üblicherweise extrem respektvollen Art und Weise, mit der englische Richter ansonsten zu den Äußerungen ihrer Kollegen Stellung nehmen, erweist sich diese Formulierung als höfliche, aber inhaltlich scharfe Kritik.

Der Befund, dass inkrementelle Rechtsfindung die Fortbildung des Richterrechts dominiert, gibt Anlass dazu, die dabei angewendete Vorgehensweise der Richter und Anwälte näher zu beleuchten:

1. Basis der Rechtsanwendung: *ratio decidendi*

Das “common law” beruht auf der Prämisse, dass jedes Urteil einen Rechtssatz enthält. Der Begriff „Rechtssatz“ wird hier als Synonym für das Wort „Rechtsnorm“ verwendet.¹⁴²

Verstände man – hypothetisch gedacht – den Tenor jeder gerichtlichen Entscheidung als Rechtssatz, wären die dadurch entstehenden richterrechtlichen Normen wegen ihrer Vielzahl unüberschaubar und wegen ihrer konkret-individuellen Ausrichtung auf den jeweiligen Einzelfall zur Anwendung auf zukünftige Rechtsfragen ungeeignet. Um das zu vermeiden, werden Rechtssätze nicht dem Tenor entnommen, sondern von den Umständen des Einzelfalls abstrahiert. Mit der Umschreibung “the rule in *Hedley Byrne v Heller*”¹⁴³ ist beispielsweise der aus dem entscheidungserheblichen Kern des Urteils in dem Verfahren *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd*¹⁴⁴ destillierte Rechtssatz gemeint.

141. *Radcliffe* S. 212 ff.

142. *Larenz Methodenlehre*⁴ S. 233: „Die Regel des Rechts hat die sprachliche Form eines Satzes, des ‚Rechtssatzes‘. Der Ausdruck ‚Rechtssatz‘ wird hier also als gleichbedeutend mit dem Ausdruck ‚Rechtsnorm‘ gebraucht. Dies rechtfertigt sich eben daraus, dass die Rechtsnorm sprachlich nur als ein Satz ausgedrückt werden kann.“

143. Das “v” ist eine Kurzform für die lateinische Konjunktion *versus*. Sie wird stets als “and” gelesen; vgl. *Evans/Perks* S. 7.

144. [1964] A.C. 465.

Der entscheidungserhebliche Kern eines Urteils wird *ratio decidendi* genannt. Er enthält die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen, die einerseits den konkreten Urteilsausspruch rechtfertigen und sich andererseits auf andere Sachverhalte übertragen lassen. Diese Kombination von einzelfallbezogener Relevanz und abstraktem Normgehalt spiegelt sich in der folgenden Definition des Begriffs *ratio decidendi* wider:

“a proposition of law which decides the case, in the light or in the context of the material facts.”¹⁴⁵

Insofern ähnelt die *ratio decidendi* einer kodifizierten Rechtsnorm. Allerdings werden die abstrakten Rechtssätze des “common law” bei jeder Einzelfallentscheidung nach eingehender Würdigung des Fallrechts (“applying and distinguishing cases”) neu ermittelt, während sie in Deutschland einmalig im Rahmen der Gesetzgebung definiert werden.

Das Antonym zu *ratio decidendi* lautet *obiter dictum*. Mit diesem Terminus werden in den Urteilsgründen erwähnte Rechtssätze umschrieben, die nicht entscheidungserheblich sind. Beispielsweise kommt es vor, dass englische Richter ihre Ausführungen rhetorisch ausschmücken, indem sie zu hypothetischen Sachverhalten Stellung nehmen, um Besonderheiten des zu entscheidenden Falls hervorzuheben.¹⁴⁶

Die früher herrschende Auffassung, der zufolge ein Richter die *ratio decidendi* seiner eigenen Entscheidung *ad hoc* festlegen konnte, wird nicht mehr vertreten. Nach heute einhelliger Auffassung ist es den in späteren Verfahren entscheidenden Gerichten vorbehalten, die *rationes decidendi* der von ihnen angewendeten Präzedenzfälle zu bestimmen.¹⁴⁷ Dies geschieht im Wege logischer Deduktion auf der Grundlage einer sorgfältigen Analyse sämtlicher ersichtlichen Fälle mit ähnlichem Streitgegenstand.¹⁴⁸

145. Zander S. 249.

146. Evans/Perks S. 69.

147. Evans/Perks S. 69.

148. Ein instruktives Beispiel liefert die präzise Analyse früherer Entscheidungen, die Lord Buckmaster in *Donoghue v Stevenson* vornimmt; vgl. [1932] A.C. 562, 574 ff. Vgl. ferner den Abdruck der Rede “How A Lawyer Thinks” bei Radcliffe S. 67, 73.

Dabei sind insbesondere drei Aspekte¹⁴⁹ zu berücksichtigen: Erstens werden mit Hilfe des Kriteriums hinreichender Ähnlichkeit der wesentlichen Sachverhaltselemente in verschiedene Urteilen die tatsachenbasierten Tatbestandsmerkmale eines Rechtssatzes bestimmt (“sufficient similarity of material facts”). Zweitens werden unter Rückgriff auf die in der *ratio decidendi* des Präzedenzfalles enthaltenen Fakten die rechtlichen Tatbestandsmerkmale präzisiert (“fact to law reasoning process”). Drittens wird der Anwendungsbereich des in den ersten beiden Schritten identifizierten Rechtssatzes determiniert (“scope of the rule”). Alle drei Gesichtspunkte sind wechselseitig voneinander abhängig. Sie können deshalb nicht in einer strikten Prüfungsreihenfolge schematisiert werden, sondern sind stets im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu würdigen.

a) Vergleichbarkeit der wesentlichen Fakten

Der erste Denkschritt bei der Anwendung von “common law” besteht darin, die Fakten des zu beurteilenden Sachverhalts darauf zu überprüfen, ob sie im wesentlichen mit denen des jeweiligen Präzedenzfalls vergleichbar sind. Aus der Sicht des deutschen Juristen entspricht dies der Subsumtion unter tatsachenorientierte Tatbestandsmerkmale.

Dies lässt sich am Beispiel der Entscheidung *Donoghue v Stevenson*¹⁵⁰ nachvollziehen, die für die deliktische Haftung wegen sorgfaltswidrig falscher Tatsachenerklärung maßgeblich ist.¹⁵¹ In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatte ein Freund für die Klägerin in einem Café eine vom Beklagten hergestellte Flasche Ingwerbier erstanden. Da die Flasche aus dunklem Glas bestand, war von außen nicht erkennbar, was die Flasche im einzelnen enthielt. Nachdem sie den größten Teil des Getränks genossen hatte, erwies sich beim Nachgießen, dass in dem Ingwerbier die halbverwesten Reste einer Schnecke schwammen. Die Klägerin erlitt einen Schock und erkrankte an Gastroenteritis. *Lord Atkin* fasste die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch abstrakt zusammen:

149. Die folgenden Ausführungen beruhen auf der Darstellung von *Evans/Perks* S. 67 ff., 125 ff.

150. [1932] A.C. 562.

151. Siehe oben ab Seite 90.

“... a manufacturer of products, which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him with no reasonable possibility of intermediate examination, and with the knowledge that the absence of reasonable care in the putting up of the products will result in any injury to the consumer’s life or property, owes a duty to the consumer to take that reasonable care.”¹⁵²

Die Wortwahl lässt erkennen, dass *Lord Atkin* Wert darauf legte, die *ratio decidendi* weit über den zu entscheidenden Sachverhalt hinaus anwendbar zu machen: Statt “ginger beer bottle” oder “drinks container” wählte er die höhere Abstraktionsebene “product”. Anstelle von “gastro-enteritis” oder “internal disease” definierte er das weiter gefasste Tatbestandsmerkmal “any injury to the consumer’s life or property”.

Diese Abstraktion ermöglichte es, den Präzedenzfall *Donoghue v Stevenson* auf den völlig anders gelagerten Sachverhalt in dem Rechtsstreit *Grant v Australian Knitting Mills*¹⁵³ anzuwenden: Dem beklagten Trikotagehersteller war entgangen, dass seine Produkte einen überhöhten Sulfitgehalt aufwiesen. Der Kläger verlangte Schadensersatz, weil er infolge des Tragens der von ihm erworbenen Unterwäsche an schwerer Dermatitis litt.

b) Präzisierung der rechtlichen Tatbestandsmerkmale

Das zweite Element der Anwendung von “common law” besteht darin, die in einem Präzedenzfall vorgegebenen rechtlichen Tatbestandsmerkmale zu präzisieren. Zu diesem Zweck wird untersucht, welche Sachverhaltselemente des Präzedenzfalls für die rechtliche Bewertung ausschlaggebend waren, um den Bedeutungsgehalt der rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen näher zu bestimmen. Erst danach wird der zu entscheidende Sachverhalt unter die rechtlichen Tatbestandsmerkmale subsumiert.

Dieser gedankliche Schritt lässt sich anhand der Anwendung der “rule in *Donoghue v Stevenson*” in der Entscheidung *Grant v Australian Knitting Mills* nachvollziehen. Aus der oben zitierten Passage in *Donoghue v Stevenson* ergibt sich, dass die Produzentenhaftung in rechtlicher Hinsicht die Verletzung einer dem Verbraucher geschuldeten Sorgfaltspflicht voraussetzt (“duty to the consumer to take ... reasonable care”). Dass dem Getränkefabrikanten in *Donoghue v Stevenson* kein Sorg-

152. [1932] A.C. 562, 599.

153. [1936] A.C. 85.

faltsverstoß vorgeworfen werden konnte, wurde damit begründet, dass die Getränkeflasche aus undurchsichtigem Dunkelglas gefertigt war und mit einem Metallverschluss versiegelt war. Dieser Umstand wurde für die Auslegung des rechtlichen Tatbestandsmerkmals “reasonable care” herangezogen: Auch ein Hersteller, der seine Produkte nicht nach Abschluss des Produktionsvorgangs überprüft, genügt seiner Sorgfaltspflicht gegenüber dem Endabnehmer, sofern eine solche Prüfung mit unzumutbarem Aufwand verbunden wäre. In *Donoghue v Stevenson* wäre eine Untersuchung unzumutbar gewesen, da das fertige Produkt des in Flaschen abgefüllten Ingwerbiers nur durch Öffnen und Entleeren der Flasche hätte überprüft werden können.

Aus den soeben erörterten zwei Denkschritten bei der Anwendung des “common law” wird ersichtlich, dass zwischen tatsächlichen und rechtlichen Tatbestandsmerkmalen unterschieden wird. Der historische Grund für diese Trennung lässt sich darauf zurückführen, dass die Aufgabe der Urteilsfindung in Zivilsachen seit dem zwölften Jahrhundert über mehrere hundert Jahre hinweg zwischen Richter und “jury” aufgeteilt war.¹⁵⁴ Der Richter war dafür zuständig, die anzuwendenden rechtlichen Regeln zu identifizieren und sie der “jury” zu erläutern; letztere ermittelte die entscheidungserheblichen Tatsachen.¹⁵⁵ Heute werden Zivilprozesse in England nur noch ausnahmsweise unter Mitwirkung einer “jury” entschieden.¹⁵⁶

c) Bestimmung des intendierten Anwendungsbereichs

Der dritte gedankliche Schritt der Anwendung von “common law” liegt darin, den Anwendungsbereich des in den ersten zwei Schritten definierten Rechtssatzes genauer zu bestimmen. Über die bloße Subsumtion hinaus werden rechtspolitische Erwägungen berücksichtigt. Die Rechtsanwendung im Einzelfall wird von der Überlegung beeinflusst, welche Auswirkung eine einengende bzw. erweiternde Auslegung der *ratio decidendi* des jeweils einschlägigen Präzedenzfalls auf die Fortentwicklung des Rechts insgesamt hat.¹⁵⁷ Jede höchstrichterliche Entscheidung hat unmittelbaren Einfluss auf die Entwicklung des “common law”, weil ihre *ratio deci-*

154. *Van Caenegem* S. 62 ff.

155. *Milsom* S. 81.

156. *Evans/Perks* S. 263.

157. *Robertson* S. 385, 399 f.: “[Law Lords] are very consequentialist in that they are deeply concerned about potential future consequences of their decisions.”

dendi das Recht entweder konsolidiert oder reformiert. Im Rahmen dieses dritten Schrittes kann es vorkommen, dass ein Rechtssatz im Grundsatz bestätigt wird, aber unterschiedliche Kriterien zu seiner Interpretation herangezogen werden, sofern dies im Einzelfall sinnvoll erscheint.

Diese flexible Normanwendung lässt sich anhand der Entscheidungen nachvollziehen, die im Zusammenhang mit *Donoghue v Stevenson* ergangen sind. Die entscheidenden Gerichte setzten sich stets mit der Frage auseinander, welcher Personenkreis sich auf die Verletzung einer vom Kläger geschuldeten Sorgfaltspflicht berufen darf.

In *Donoghue v Stevenson* entschied *Lord Atkin* diesen Aspekt auf der Grundlage der Entscheidung *Heaven v Pender*.¹⁵⁸ Er vertrat die Auffassung, alle Personen seien in den Schutzbereich einer deliktischen Sorgfaltspflicht einzubeziehen, die so unmittelbar von der schädigenden Handlung betroffen werden, dass dies dem Schädiger bei vernünftiger Betrachtungsweise hätte bewusst werden müssen.¹⁵⁹ Diese weite Interpretation des Schutzbereichs bewirkt eine starke Ausdehnung deliktischer Haftung.

Lord Salmon hingegen beschränkte den Schutzbereich deliktischer Sorgfaltspflichten in *Anns v Merton London Borough Council*, indem er das Kriterium der Vorhersehbarkeit des Schadens einführte.¹⁶⁰ Dadurch vermied er, die deliktische Haftung ausufern zu lassen, ohne in Frage zu stellen, dass der Kläger in den Schutzbereich der vom Beklagten geschuldeten Sorgfaltspflicht einbezogen sein muss.

Im Rahmen dieser rechtspolitisch motivierten Normanwendung kommt es im Laufe der Zeit zu Paradigmenwechseln. Teilweise werden dabei Änderungen der öffentlichen Meinung zu rechtlichen Fragestellungen nachvollzogen; teilweise verläuft die höchstrichterliche Rechtsprechung konträr zu gesamtgesellschaftlichen Strömungen.¹⁶¹

158. (1883) 11 Q.B.D. 503, 509.

159. [1932] A.C. 562, 580: "... persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question ..."

160. [1978] A.C. 728, 770: "The duty imposed on the local authority ... to take reasonable care that its conduct does not induce builders to build in breach of the byelaws ... is owed to those whose health or safety might reasonably foreseeably be injured."

161. *Robertson* S. 395.

2. Zusammenfassung

Die soeben beschriebene Vorgehensweise bei der Anwendung von "common law" bringt es mit sich, dass eine richterrechtliche Norm im Wege einer langwierigen Evolution entsteht. Offene Fragen beantworten die Gerichte nur schrittweise durch Modifikationen und Ergänzungen der Norm; dies auch nur dann, wenn es für die Rechtsfindung im Einzelfall unerlässlich ist.¹⁶² Erst über einen langen Zeitraum hinweg konsolidiert sich die endgültige Norm. Da die Fortbildung einer Norm von den Gerichten nicht bewusst auf eine systematische Struktur ausgerichtet wird, entstehen terminologische Unschärfen und Mehrdeutigkeiten.

C. Übertragbarkeit der englischen Regeln ins deutsche Recht

Die obigen Abschnitte A. und B. erläutern den Hintergrund des englischen Gewährleistungsrechts. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse lassen sich für eine Übertragung englischer Regeln in deutsches Recht nutzbar machen. Ein solcher Transfer wäre aus der Sicht englischer Investoren wünschenswert, weil ein Unternehmenskauf in Deutschland dann die gleichen rechtlichen Risiken beinhalten würde, mit denen auch in England zu rechnen ist. Auf dieser Grundlage könnten angelsächsische Investoren die von ihnen eingegangenen Risiken besser kalkulieren, weil ihnen die juristischen Einflussfaktoren aus eigener Erfahrung mit dem englischen Recht bekannt sind.

Die nach deutschem Recht entstehenden Risiken können theoretisch auf zweierlei Weise an englische Standards angepasst werden.

Rechtspolitisch wäre es denkbar, Regeln des materiellen englischen Rechts in das deutsche Recht zu übertragen. Aus rechtsvergleichender Perspektive ist damit das Problem der Transplantabilität von Rechtsnormen angesprochen.¹⁶³

Auch ohne eine Anpassung des objektiven Rechts lassen sich vergleichbare rechtliche Rahmenbedingungen ohne weiteres dadurch erreichen, dass der Unternehmenskaufvertrag nach englischem Recht abgeschlossen wird. Nicht immer kann jedoch bei den Vertragsverhandlungen die Anwendbarkeit ausländischen Rechts durchgesetzt werden. Dann stellt sich die Frage, ob und wie nach deutschem Recht vertragliche Gewährleistungsregeln vereinbart werden können, die denen des englischen Rechts in funktioneller Hinsicht äquivalent sind. Dabei sind sowohl sprachliche als auch vertragstechnische Schwierigkeiten zu überwinden.¹⁶⁴

162. *Robertson* S. 395, 400.

163. Siehe sogleich Abschnitt I.

I. *De lege ferenda*: Transplantation von Rechtsnormen

Theoretisch wäre es vorstellbar, die englischen Regelungen zur Gewährleistungshaftung beim Unternehmenskauf in ihrer Gesamtheit in deutsches Recht zu übertragen. Ob Normen aus einer Rechtsordnung in eine andere transplantiert werden können, wird im Schrifttum äußerst kontrovers diskutiert. In England ist diese Thematik unter dem Stichwort "legal transplants" bekannt.

Teilweise wird vertreten, dass Recht lediglich die Summe einzelner Rechtssätze darstelle, die Verhaltensvorschriften und Sanktionen enthalten. Solche Verhaltensvorschriften separat in fremde Rechtsordnungen zu verpflanzen sei ohne jede Schwierigkeit möglich.¹⁶⁵ Diese Ansicht beruht auf der Hypothese, dass die Rechtsvergleichung einzelne Verhaltensvorschriften isoliert von ihrem sozialen und kulturellen Kontext betrachten sollte. Unter der Transplantation von Rechtsnormen wird somit die textuelle Übernahme ausformulierter Regeln verstanden.¹⁶⁶

Gegen diese Auffassung ist einzuwenden, dass sie von einem minimalistischen, in der modernen Rechtsvergleichung längst überholten Rechtsverständnis ausgeht. Sie missachtet die Erkenntnis, dass das Recht auf das Engste mit der Rechtsordnung und den Rechtssubjekten verwoben ist, für die es konzipiert wurde.¹⁶⁷ Damit widerspricht diese Ansicht diametral dem dieser Arbeit zugrunde liegenden Verständnis der herrschenden Lehre, dem zufolge Recht ein komplexes soziales und kulturelles Phänomen darstellt, dessen Teile sich nur in ihrem Gesamtzusammenhang verstehen lassen.¹⁶⁸ Angewendet auf den hier untersuchten Regelungsbereich erweist sie sich zudem als wenig hilfreich: Um die für den Unternehmenskauf relevanten Gewährleistungsregeln des "common law" in deutsches Recht umzusetzen, müsste als Transplantationsobjekt ein konkreter Rechtssatz zur Verfügung stehen, der alle Facetten der Gewährleistungshaftung zusammenfasst. Ein solcher Rechtssatz existiert aber im englischen Recht nicht. Die Erläuterungen im 3. Teil zeigen, dass das englische Gewährleistungsrecht ein komplexes Geflecht aus Regelungen richterrechtlichen und gesetzlichen Ursprungs darstellt, die sich nicht in einer ein-

164. Siehe dazu unten Abschnitt II.

165. *Watson* S. 21.

166. *Watson* S. 108.

167. *Kahn-Freund* 37 M.L.R. 1974 1, 6 ff. unter Hinweis auf *Montesquieu*, Bd. 1, Kapitel 3: « Les lois politiques et civiles de chaque nation ... doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un grand hazard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. »

168. *Kahn-Freund* 37 M.L.R. 1974 1, 5 f.

fachen Formel komprimieren lassen. Zudem sind die Eigenarten des materiellen englischen Rechts untrennbar mit den Charakteristika der Organe der Rechtspflege sowie des Prozessrechts verknüpft. Selbst wenn man folglich mit der ersten Auffassung die abstrakte Möglichkeit rechtlicher Transplantationen bejahen würde, verhindern die Besonderheiten des hier untersuchten Rechtsgebiets *in concreto* eine solche Übertragung.

Am anderen Ende des Spektrums vertretener Meinungen werden "legal transplants" kategorisch für unmöglich erklärt.¹⁶⁹ Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die genaue Tragweite einzelner Normen sich erst aus der Interaktion mit ihrem spezifischen sozialen, kulturellen, wirtschaftlichen und historischen Umfeld ergibt.¹⁷⁰ Eine Norm lasse sich nur dann sinnvoll transplantieren, wenn neben der in ihr enthaltenen Verhaltensvorschrift auch der zu ihrem Verständnis notwendige Kontext inhaltsgleich übertragen werden könnte.¹⁷¹ Dies scheitere jedoch daran, dass jede Rechtsordnung, in die eine ausländische Norm transplantiert werden soll, aufgrund ihrer Charakteristika stets ein einzigartiges Vorverständnis rechtlicher Konzepte voraussetze. Das unweigerlich auch auf implantierte Normen bezogene Vorverständnis könne niemals neutralisiert werden, so dass eine inhaltsgleiche Transplantation nicht durchführbar sei. Zur Rechtfertigung dieser These wird im Wege eines *argumentum a fortiori* darauf verwiesen, dass sich selbst Bedeutungszusammenhänge, die weitaus weniger komplex als Rechtsnormen sind, nicht ohne Verfälschung oder Verzerrung ihres Sinngehalts in andere Gesellschaften übertragen lassen:¹⁷² Schon der einfache Begriff „Brot“ etwa ruft bei Deutschen die Assoziation einer bestimmten Art von Backwaren hervor. Durch die linguistische Transplantation in "bread" oder « pain » allein kann diese Assoziation weder Engländern noch Franzosen vermittelt werden. Beide verbinden mit diesen Begriffen etwas für ihre Gesellschaft Spezifisches. Im gewählten Beispiel ist plausibel, dass beide intuitiv kaum an Graubrot, sondern an Toast oder Baguette denken. Damit sich beide unter dem Begriff „Brot“ exakt das Gleiche vorstellen können wie ein Deutscher, wären nicht nur Zusatzinformationen über die in Deutschland verbreiteten Brotarten erforderlich, sondern zudem das vollständige Ausblenden jeglicher Prädispositionen, die auf der Sozialisation in England bzw. Frankreich beruhen. Überträgt man diese Erwägung auf die Transplantation von Rechtsnormen, müsste

169. *Legrand 4* Maastricht J.E.& C.L. 1997, 111.

170. *Legrand 4* Maastricht J.E.& C.L. 1997, 111, 114.

171. *Legrand 4* Maastricht J.E.& C.L. 1997, 1111, 116 f.

172. *Hoffman S.* 175.

eine inhaltsgleiche Übertragung daran scheitern, dass es nicht möglich ist, das durch jahrzehntelange Sozialisation von den Rechtsanwendern verinnerlichte Vorverständnis von Normen und Begriffsinhalten auszublenden, wenn ausländische Rechtssätze zur Anwendung kommen sollen. Nach dieser Auffassung scheidet eine Übertragung englischer Regeln ins deutsche Recht mithin von vornherein aus.

Mit einer vermittelnden Ansicht könnte man schließlich davon ausgehen, dass sich die Übertragbarkeit von Rechtsnormen nicht absolut, sondern nur relativ beurteilen lässt. *Kahn-Freund* vertritt die Auffassung, dass die Übertragbarkeit von Rechtsnormen nur graduell in “degrees of transferability” bewertet werden könne.¹⁷³ Ob sich die Übertragung konkreter Rechtssätze in eine neue Rechtsordnung erfolgreich bewerkstelligen lässt, hänge davon ab, ob sich die zu übertragenden Regelungen im Einzelfall als kompatibel zu ihrer neuen systematischen Umgebung erweisen. *Kahn-Freund* illustriert dies mit der Metapher der chirurgischen Transplantation menschlicher Organe, die zwar generell möglich sei, aber deren Erfolg von der Verträglichkeit des Transplantationsobjekts mit dem aufnehmenden Organismus abhängen. Das für den Unternehmenskauf relevante Gewährleistungsrecht reduziert sich jedoch nicht auf eine individualisierbare Rechtsnorm, sondern beinhaltet einen weit verzweigten Regelungskomplex, der das Vertragsrecht ebenso tangiert wie Probleme der Schadensberechnung. Mithin lässt sich das Gewährleistungsrecht nach der hier vertretenen Auffassung nicht mit einem separierbaren Organ wie beispielsweise dem menschlichen Herzen vergleichen, sondern eher mit einem organischen Funktionskomplex wie dem gesamten Herz-Kreislauf-System. Ein solcher Funktionskomplex kann nicht in seiner Gesamtheit transplantiert werden. Begreift man das Recht als Gesamtorganismus, lässt sich die Analogie zur chirurgischen Transplantation wiederum nutzbar machen: Schon der Versuch der Explantation einer derart komplexen organischen Funktionseinheit würde unweigerlich zur Zerstörung des Transplantats führen. Bezogen auf die Übertragung einer rechtlichen Regelungseinheit äußert sich dies darin, dass noch nicht einmal mit Sicherheit festgestellt werden kann, welche Regelungsdetails mitverpflanzt werden müssen, damit das System in seiner Gesamtheit funktionstüchtig bleibt. Beispielsweise ergibt sich die Funktionalität der Haftung wegen Vertragsverletzung erst aus dem Zusammenspiel von “warranties”, “conditions” und “intermediate terms”. Nur einzelne dieser Tatbestände zu übernehmen, würde das Gesamtgefüge in seinem Gleichgewicht beeinträchtigen. Überdies würde eine solche Übernahme einzelner Regelungsdetails auch keine Transplantation im hier diskutierten Sinn des Wortes mehr darstellen. Ferner lässt sich nie vorab bestimmen, inwiefern ein

173. *Kahn-Freund* 37 M.L.R. 1974 1, 6.

Rechtssystem auf ein ausländisches „Implantat“ reagieren wird. Dies zeigt sich beispielsweise daran, dass der Versuch, das englische Jurysystem im 19. Jahrhundert in Frankreich und Deutschland zu etablieren, am erbitterten Widerstand der Anwaltschaft gescheitert ist.¹⁷⁴ Auch nach der vermittelnden Auffassung scheidet eine inhaltsgleiche Übertragung somit aus.

Welcher der genannten Auffassungen der Vorzug zu geben ist, kann daher offen bleiben. Eine inhaltsgleiche Transplantation des englischen Gewährleistungsrechts in die deutsche Rechtsordnung *de lege ferenda* erscheint weder sinnvoll noch realisierbar.

II. *De lege lata*: Vertragsregelungen

Indessen könnte dem Interesse englischer Investoren an der Schaffung vergleichbarer rechtlicher Rahmenbedingungen auch ohne Änderungen des geltenden Rechts entsprochen werden. Zu diesem Zweck muss untersucht werden, inwieweit die Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmenskäufer und -verkäufer nach englischem Recht mittels vertraglicher Gestaltung auch innerhalb des deutschen Rechtssystems imitiert werden können. Dabei geht es nicht um die Transplantation abstrakter Rechtssätze als Bestandteile eines Rechtssystems, sondern um die einzelvertragliche Schaffung konkreter Rechte und Pflichten nach dem Vorbild des englischen Rechts.

Zu klären ist daher, ob der Vertrag besser in englischer oder in deutscher Sprache abgeschlossen werden sollte und wie in England erprobte und standardisierte Vertragsklauseln an die Anforderungen des deutschen Rechtssystems anzupassen sind.

1. Vertragssprache: Englisch oder Deutsch

Sprachliche Unterschiede spielen für den Austausch zwischen verschiedenen Rechtssystemen eine herausragende Rolle, selbst wenn diese offiziell dieselbe Amtssprache besitzen. Das wird beispielsweise an den nuancierten Unterschieden der deutschen Rechtssprache in verschiedenen Ländern Europas deutlich: Während eine Klage in Deutschland „als unzulässig abgewiesen“ wird, wird in der Schweiz „nicht auf sie eingetreten“¹⁷⁵. Wenn wie hier verschiedene Begriffe für identische Inhalte verwendet werden, bedarf es lediglich einer linguistischen Anpassung.

174. *Kahn-Freund* 37 M.L.R. 1974, 1, 17 f.

175. *Metzger* S. 14, 402.

Wenn aber mit den begrifflichen Nuancen auch inhaltliche Unterschiede einhergehen, bedarf es darüber hinaus einer präzisen Wiedergabe unausgesprochener Konnotationen. Um ausländische Rechtsfiguren korrekt in inländisches Recht zu übertragen, sind deshalb zwei Arbeitsschritte erforderlich:

Zuerst muss die genaue Tragweite der zu transplantierenden Konzepte ermittelt werden. Da es wegen Termindrucks bei Unternehmenskäufen oft an der für erschöpfende Recherchen im ausländischen Recht nötigen Zeit fehlt, werden die nötigen Zusammenhänge in der Praxis vielfach im Dialog mit im ausländischen Recht beheimateten Juristen geklärt. Dabei können entsprechend spezialisierte Rechtsberater heute auf einen großen Erfahrungsschatz zurückgreifen, da grenzüberschreitende Unternehmenskäufe zwischen Deutschland und England für sie zur Routine geworden sind. Das Grundgerüst vertraglicher Abreden ist daher von Kautelarjuristen bereits so weit standardisiert, dass die relevanten Konzepte des englischen Rechts im wesentlichen als bekannt vorausgesetzt werden. Die größte Schwierigkeit liegt darin zu vermeiden, englische Konzepte anhand eines auf der Logik des deutschen Rechts beruhenden, methodischen Vorverständnisses verstehen zu wollen. Paradoxe Weise verringert sich das Risiko von Missverständnissen aus deutscher Sicht keineswegs durch den Erwerb solider Grundkenntnisse des englischen Rechts. Deutsche Juristen tendieren dazu, ihre auf der Systematik und Logik des BGB basierenden Methoden auch auf ihnen bekannte englische Normen anzuwenden. Allerdings folgt das englische Recht seiner eigenen Logik, die sich für Außenstehende vielfach erst auf den zweiten Blick erschließt. Auf der Grundlage deutschen Rechtsverständnisses getroffene Annahmen können sich daher aus genuin englischer Perspektive als komplett falsch erweisen. Um derartige Fehler auszuschließen, muss sich die Vertragsgestaltung an der Methode der Rechtsvergleichung¹⁷⁶ orientieren: Zusätzlich zur Distanzierung vom heimatlichen Recht muss eine Differenzierung erfolgen, um Verfälschungen aufgrund des in der heimatlichen Rechtsordnung der jeweiligen Betrachter geprägten Vorverständnisses zu minimieren.

Drei Aspekte sind ausdrücklich zu berücksichtigen:¹⁷⁷ Übersetzern ohne juristische Ausbildung mangelt es häufig an Sensibilität für die Feinheiten sowohl der deutschen als auch der englischen Rechtssprache. Nicht immer lässt sich verhindern, dass der Wille der Parteien durch den Willen der Anwälte und Übersetzer überla-

176. Siehe dazu die ausführliche Erörterung in der Einleitung ab Seite 15.

177. *Glatzová* 11 I.B.L. 1998, 453, 455.

gert und verfälscht wird, da jeder Übersetzung bereits eine Vertragsauslegung innewohnt.¹⁷⁸ Besonders schwierig ist es für eine der Vertragssprache nicht mächtigen Partei, ihren Willen ohne inhaltliche Verzerrung in den vertraglichen Abreden zum Ausdruck zu bringen.

Mitunter wird vorgeschlagen, Verträge zunächst simultan in zwei verschiedensprachigen Versionen zu konzipieren. Von diesen zwei Arbeitsdokumenten wird schließlich dasjenige als verbindliches Vertragsdokument benutzt, dessen Sprache in dem Land Amtssprache ist, in dem der Vertrag vollzogen wird.¹⁷⁹ Andere bevorzugen die Verwendung neutraler Terminologie, die keine feststehenden Rechtsbegriffe verwendet und stattdessen ein individuell vereinbartes Vokabular definiert.¹⁸⁰ Beide Vorschläge sind aus Zeit- und Kostengründen in der Praxis nur beschränkt realisierbar.

Letztlich lassen sich keine allgemeinen Richtlinien darüber formulieren, welcher Sprache der Vorzug zu geben ist. Je nach den Präferenzen der Parteien und ihrer jeweiligen Verhandlungsstärke ist in jedem Einzelfall eine Einigung über die verbindliche Vertragssprache zu erzielen. Unabhängig von der verwendeten Sprache kommt es entscheidend darauf an, dass der Vertragsinhalt für die Parteien unmissverständlich formuliert wird.

2. Umsetzung bei der Vertragsgestaltung

Unklarheiten lassen sich bei der Vertragsgestaltung vermeiden, wenn konkrete Vereinbarungen erst formuliert werden, nachdem die funktionelle Äquivalenz der gewünschten Regelungsinhalte aus der Sicht beider involvierten Rechtssysteme geklärt ist. Genaues Verständnis für die Tragweite englischer Vertragsklauseln ist unerlässlich für eine exakte inhaltliche Übertragung ins deutsche Recht.

Inhalte, die sich aus dem rechtsordnungsspezifischen Vorverständnis nur einer der beiden Vertragsparteien ergeben, müssen identifiziert und offengelegt werden. Dazu gilt es, Rechte und Pflichten unter Bezugnahme auf zu transplantierende Konzepte genau zu definieren. Zum Beispiel müsste der mehrdeutige Inhalt des Begriffs "rescission" in allen Einzelheiten erklärt werden, wenn eine Vertragsauflö-

178. *Triebel* RIW 1998, 1, 3; *Vorpeil* RIW 2000, 1.

179. *Wolf* I.J.V. 1993, V-7 zitiert nach *Beveridge* 10 I.B.L. 1998, 387, 389.

180. *Beveridge* 10 I.B.L. 1998, 387, 389 unter Hinweis auf einen Vortrag von *Pascale Berteloot* anlässlich der International Financial Law Conference in Barcelona, 10.–12. Juni 1998.

sung nach englischem Vorbild zum Gegenstand eines Vertrags in deutscher Sprache gemacht werden soll. In der Praxis hat sich bewährt, die inhaltlichen Konzepte zunächst genau zu erläutern und den dafür im jeweiligen Herkunftsland verwendeten Begriff in Klammern hinzuzufügen.¹⁸¹

Wie Vertragsklauseln im einzelnen gestaltet werden, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Dabei kann auf eine Vielzahl von Handbüchern zum Unternehmenskauf zurückgegriffen werden, die selbst für kleinste Details Formulierungsvorschläge machen.¹⁸² Englische Vertragsklauseln lassen sich durch Eigenschaftszusicherungen, unselbständige und selbständige Garantien und Verjährungsregelungen funktionell in Klauseln nach deutschem Recht abbilden.¹⁸³ Unnötig, wenn auch unschädlich sind Klauseln, die einen vertraglichen Anspruch auf Primärerfüllung ("specific performance") begründen, der nach deutschem Recht auch ohne besondere Vereinbarung besteht. Besondere Aufmerksamkeit ist den Gesichtspunkten zu widmen, die als prägnante Unterschiede zwischen deutschem und englischem Recht aufgezeigt wurden.¹⁸⁴

D. Fazit

Das für Außenstehende anachronistisch erscheinende Fallrecht des "common law" erweist sich als zukunftsweisendes Modell für die Lösung der Gewährleistungsprobleme im Rahmen des Unternehmenskaufs. Die Flexibilität richterrechtlicher Normen erweist sich im Hinblick auf die Besonderheiten des Unternehmenskaufs als ein Vorteil, der den Nachteil fehlender Systematik und Struktur kompensiert. Abzuwarten bleibt, ob die deutschen Gerichte sich wie bisher darauf beschränken werden, das kodifizierte Recht zu ergänzen, oder ob sie dem Vorbild englischer Gerichte folgen und in freier Rechtsfortbildung ein System der Gewährleistungshaftung beim Unternehmenskauf herausbilden werden.

181. *Triebel* RIW 1998, 1, 3; *Vorpeil* RIW 2000, 1.

182. Siehe etwa *Hölters*, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs; *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis; *Merkt*, Internationaler Unternehmenskauf.

183. Siehe dazu die Ausführungen oben auf Seite 69 ff.

184. Siehe dazu den obigen Abschnitt A. ab Seite 185.

Ungeachtet ihrer großen methodischen und dogmatischen Unterschiede ermöglichen es die materiellen Regelungen des deutschen und englischen Rechts, durch vertragliche Abreden adäquate Gewährleistungsregimes für Unternehmenskaufverträge maßzuschneidern. Viele Praktiker werden dabei mit der Aufgabe konfrontiert, englische Vertragsklauseln in deutsche Verträge zu transferieren, ohne sich zuvor ausgiebig in das englische Recht einarbeiten zu können. Das führt häufig zu Missverständnissen und Unschärfen bei der Vertragsgestaltung.

Um das zu vermeiden, sind bei der vertraglichen Gestaltung von Unternehmenskaufverträgen die in dieser Arbeit aufgezeigten Unterschiede zwischen deutschem und englischem Recht zu berücksichtigen. Darüber hinaus ist genaues Verständnis für die Ursachen dieser Unterschiede unerlässlich, damit ein präziser Transfer englischer Vertragsklauseln in deutsche Verträge gelingt. Der oben erläuterte historische, soziale und kulturelle Rahmen des englischen Rechts liefert das dafür erforderliche Hintergrundwissen.

A. Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945

1 Apportionment of liability in case of contributory negligence

(1) Where any person suffers damage as the result partly of his own fault and partly of the fault of any other person or persons, a claim in respect of that damage shall not be defeated by reason of the fault of the person suffering the damage, but the damages recoverable in respect thereof shall be reduced to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimant's share in the responsibility for the damage:

Provided that—

(a) this subsection shall not operate to defeat any defence arising under a contract;

(b) where any contract or enactment providing for the limitation of liability is applicable to the claim, the amount of damages recoverable by the claimant by virtue of this subsection shall not exceed the maximum limit so applicable.

(2) Where damages are recoverable by any person by virtue of the foregoing subsection subject to such reduction as is therein mentioned, the court shall find and record the total damages which would have been recoverable if the claimant had not been at fault.

(3), (4)...

(5) Where, in any case to which subsection (1) of this section applies, one of the persons at fault avoids liability to any other such person or his personal representative by pleading the Limitation Act 1939, or any other enactment limiting the time within which proceedings may be taken, he shall not be entitled to recover any damages . . . from that other person or representative by virtue of the said subsection.

(6) Where any case to which subsection (1) of this section applies is tried with a jury, the jury shall determine the total damages which would have been recoverable if the claimant had not been at fault and the extent to which those damages are to be reduced.

(7) . . .

NOTES

Amendment Sub-ss (3),(5): words omitted repealed by the Civil Liability (Contribution) Act 1978, s 9(2), Sch 2.

Sub-s (4): repealed by the Fatal Accidents Act 1976, s 6(2), Sch 2.

1. In chronologischer Reihenfolge.

Sub-s (7): repealed by the Carriage by Air Act 1961, s 14(3), Sch 2.

3 Saving for Maritime Conventions Act 1911, and past cases

...

4 Interpretation

The following expressions have the meanings hereby respectively assigned to them, that is to say—

“court” means, in relation to any claim, the court or arbitrator by or before whom the claim falls to be determined;

“damage” includes loss of life and personal injury;

...

“fault” means negligence, breach of statutory duty or other act or omission which gives rise to a liability in tort or would, apart from this Act, give rise to the defence of contributory negligence.

NOTES

Amendment Words omitted repealed by the Fatal Accidents Act 1976, s 6(2), Sch 2, and the National Insurance (Industrial Injuries) Act 1946, s 89 (1), Sch 9.

6 Provisions as to Northern Ireland

...

7 Short title and extent

This Act may be cited as the Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945.

B. Misrepresentation Act 1967

1 Removal of certain bars to rescission for innocent misrepresentation

Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him, and –

(a) the misrepresentation has become a term of the contract; or

(b) the contract has been performed;

or both, then, if otherwise he would be entitled to rescind the contract without alleging fraud, he shall be so entitled, subject to the provisions of this Act, notwithstanding the matters mentioned in paragraphs (a) and (b) of this section.

2 Damages for misrepresentation

(1) Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him by another party thereto and as a result thereof he has suffered loss, then, if the person making the misrepresentation would be liable to damages in respect thereof had the misrepresentation been made fraudulently, that person shall be so liable notwithstanding that the misrepresentation was not made fraudulently, unless he proves that he had reasonable ground to believe and did believe up to the time the contract was made that the facts represented were true.

(2) Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him otherwise than fraudulently, and he would be entitled, by reason of the misrepresentation, to rescind the contract, then, if it is claimed, in any proceedings arising out of the contract, that the contract ought to be or has been rescinded the court or arbitrator may declare the contract subsisting and award damages in lieu of rescission, if of opinion that it would be equitable to do so, having regard to the nature of the misrepresentation and the loss that would be caused by it if the contract were upheld, as well as to the loss that rescission would cause to the other party.

(3) Damages may be awarded against a person under subsection (2) of this section whether or not he is liable to damages under subsection (1) thereof, but where he is so liable any award under the said subsection (2) shall be taken into account in assessing his liability under the said subsection (1).

[3 Avoidance of provision excluding liability for misrepresentation]

[If a contract contains a term which would exclude or restrict—

- (a) any liability to which a party to a contract may be subject by reason of any misrepresentation made by him before the contract was made; or
- (b) any remedy available to another party to the contract by reason of such a misrepresentation,

that term shall be of no effect except in so far as it satisfies the requirement of reasonableness as stated in section 11(1) of the Unfair Contract Terms Act 1977; and it is for those claiming that the terms satisfies that requirement to show that it does.]²

5 Saving for past transactions

Nothing in this Act shall apply in relation to any misrepresentation or contract of sale which is made before the commencement of this Act.

6 Short title, commencement and extent

(1) This Act may be cited as the Misrepresentation Act 1967.

(2) This Act shall come into operation at the expiration of one month beginning with the date on which it is passed.

(3) ... [nur in Schottland anwendbar]

2. Section 3 wurde ergänzt durch Unfair Contract Terms Act 1977, s 8(1).

(4) This Act does not extend to Northern Ireland.

C. Unfair Contract Terms Act 1977

Part I³

Amendment of Law for England and Wales and Northern Ireland

Introductory

1 Scope of Part I

(1) For the purposes of this Part of this Act, “negligence” means the breach-

(a) of any obligation, arising from the express or implied terms of a contract, to take reasonable care or exercise reasonable skill in the performance of the contract,

(b) of any common law duty to take reasonable care or exercise reasonable skill (but not any stricter duty);

(c) of the common duty of care imposed by the Occupiers’ Liability Act 1957 or the Occupiers’ Liability Act (Northern Ireland) 1957.

(2) This Part of this Act is subject to Part III; and in relation to contracts, the operation of sections 2 to 4 and 7 is subject to the exceptions made by Schedule 1.

(3) In the case of both contract and tort, sections 2 to 7 apply (except where the contrary is stated in section 6(4)) only to business liability, that is liability for breach of obligations or duties arising--

(a) from things done or to be done by a person in the course of a business (whether his own business or another’s); or

(b) from the occupation of premises used for business purposes of the occupier;

and references to liability are to be read accordingly [but liability of an occupier of premises for breach of an obligation or duty towards a person obtaining access to the premises for recreational or educational purposes, being liability for loss or damage suffered by reason of the dangerous state of the premises, is not a business liability of the occupier unless granting that person such access for the purposes concerned falls within the business purposes of the occupier]⁴.

(4) In relation to any breach of duty or obligation, it is immaterial for any purpose of this Part of this Act whether the breach was inadvertent or intentional, or whether liability for it arises directly or vicariously.

3. Dieser Teil des Gesetzes gilt nicht in Schottland.

4. Der Inhalt der eckigen Klammern wurde durch Occupiers’ Liability Act 1984, s 2 ergänzt.

Avoidance of liability for negligence, breach of contract, etc

2 Negligence liability

- (1) A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence.
- (2) In the case of other loss or damage, a person cannot so exclude or restrict his liability for negligence except in so far as the term or notice satisfies the requirement of reasonableness.
- (3) Where a contract term or notice purports to exclude or restrict liability for negligence a person's agreement to or awareness of it is not of itself to be taken as indicating his voluntary acceptance of any risk.

3 Liability arising in contract

- (1) This section applies as between contracting parties where one of them deals as consumer or on the other's written standard terms of business.
- (2) As against that party, the other cannot by reference to any contract term—
 - (a) when himself in breach of contract, exclude or restrict any liability of his in respect of the breach; or
 - (b) claim to be entitled—
 - (i) to render a contractual performance substantially different from that which was reasonably expected of him, or
 - (ii) in respect of the whole or any part of his contractual obligation, to render no performance at all,

except in so far as (in any of the cases mentioned above in this subsection) the contract term satisfies the requirement of reasonableness.

4 Unreasonable indemnity clauses

- (1) A person dealing as consumer cannot by reference to any contract term be made to indemnify another person (whether a party to the contract or not) in respect of liability that may be incurred by the other for negligence or breach of contract, except in so far as the contract term satisfies the requirement of reasonableness.
- (2) This section applies whether the liability in question—
 - (a) is directly that of the person to be indemnified or is incurred by him vicariously;
 - (b) is to the person dealing as consumer or to someone else.

*Liability arising from sale or supply of goods***5 “Guarantee” of consumer goods**

(1) In the case of goods of a type ordinarily supplied for private use or consumption, where loss or damage—

- (a) arises from the goods proving defective while in consumer use; and
- (b) results from the negligence of a person concerned in the manufacture or distribution of the goods,

liability for the loss or damage cannot be excluded or restricted by reference to any contract term or notice contained in or operating by reference to a guarantee of the goods.

(2) For these purposes—

- (a) goods are to be regarded as “in consumer use” when a person is using them, or has them in his possession for use, otherwise than exclusively for the purposes of a business; and
- (b) anything in writing is a guarantee if it contains or purports to contain some promise or assurance (however worded or presented) that defects will be made good by complete or partial replacement, or by repair, monetary compensation or otherwise.

(3) This section does not apply as between the parties to a contract under or in pursuance of which possession or ownership of the goods passed.

6 Sale and hire-purchase

(1) Liability for breach of the obligations arising from—

- (a) [section 12 of the Sale of Goods Act 1979](seller’s implied undertakings as to title, etc);
- (b) section 8 of the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 (the corresponding thing in relation to hire-purchase),

cannot be excluded or restricted by reference to any contract term.

(2) As against a person dealing as consumer, liability for breach of the obligations arising from—

- (a) [section 13, 14 or 15 of the 1979 Act](seller’s implied undertakings as to conformity of goods with description or sample, or as to their quality or fitness for a particular purpose);
- (b) section 9, 10 or 11 of the 1973 Act (the corresponding things in relation to hire-purchase),

cannot be excluded or restricted by reference to any contract term.

(3) As against a person dealing otherwise than as consumer, the liability specified in subsection (2) above can be excluded or restricted by reference to a contract term, but only in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

(4) The liabilities referred to in this section are not only the business liabilities defined by section 1(3), but include those arising under any contract of sale of goods or hire-purchase agreement.

NOTES

Amendment

Sub-ss (1),(2): words in square brackets substituted by the Sale of Goods Act 1979, s 63, Sch 2, para 19.

7 Miscellaneous contracts under which goods pass

(1) Where the possession or ownership of goods passes under or in pursuance of a contract not governed by the law of sale of goods or hire-purchase, subsections (2) to (4) below apply as regards the effect (if any) to be given to contract terms excluding or restricting liability for breach of obligation arising by implication of law from the nature of the contract.

(2) As against a person dealing as consumer, liability in respect of the goods' correspondence with description or sample, or their quality or fitness for any particular purpose, cannot be excluded or restricted by reference to any such term.

(3) As against a person dealing otherwise than as consumer, that liability can be excluded or restricted by reference to such a term, but only in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

[(3A) Liability for breach of the obligations arising under section 2 of the Supply of Goods and Services Act 1982 (implied terms about title etc in certain contracts for the transfer of the property in goods) cannot be excluded or restricted by references to any such term.]

(4) Liability in respect of—

- (a) the right to transfer ownership of the goods, or give possession; or
- (b) the assurance of quiet possession to a person taking goods in pursuance of the contract,

cannot [(in a case to which subsection (3A) above does not apply)] be excluded or restricted by reference to any such term except in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

(5) This section does not apply in the case of goods passing on a redemption of trading stamps within the Trading Stamps Act 1964 or the Trading Stamps Act (Northern Ireland) 1965.

Other provisions about contracts

9 Effect of breach

(1) Where for reliance upon it a contract term has to satisfy the requirement of reasonableness, it may be found to do so and be given effect accordingly notwithstanding that the contract has been terminated either by breach or by a party electing to treat it as repudiated.

(2) Where on a breach the contract is nevertheless affirmed by a party entitled to treat it as repudiated, this does not of itself exclude the requirement of reasonableness in relation to any contract term.

10 Evasion by means of secondary contract

A person is not bound by any contract term prejudicing or taking away rights of his which arise under, or in connection with the performance of, another contract, so far as those rights extend to the enforcement of another's liability which this Part of this Act prevents that other from excluding or restricting.

Explanatory provisions

11 The “reasonableness” test

(1) In relation to a contract term, the requirement of reasonableness for the purposes of this Part of this Act, section 3 of the Misrepresentation Act 1967 and section 3 of the Misrepresentation Act (Northern Ireland) 1967 is that the term shall have been fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made.

(2) In determining for the purposes of section 6 or 7 above whether a contract term satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular to the matters specified in Schedule 2 to this Act; but this subsection does not prevent the court or arbitrator from holding, in accordance with any rule of law, that a term which purports to exclude or restrict any relevant liability is not a term of the contract.

(3) In relation to a notice (not being a notice having contractual effect), the requirement of reasonableness under this Act is that it should be fair and reasonable to allow reliance on it, having regard to all the circumstances obtaining when the liability arose or (but for the notice) would have arisen.

(4) Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice to subsection (2) above in the case of contract terms) to—

- (a) the resources which he could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should it arise; and
- (b) how far it was open to him to cover himself by insurance.

(5) It is for those claiming that a contract term or notice satisfies the requirement of reasonableness to show that it does.

12 “Dealing as consumer”

(1) A party to a contract “deals as consumer” in relation to another party if—

- (a) he neither makes the contract in the course of a business nor holds himself out as doing so; and
- (b) the other party does make the contract in the course of a business; and

(c) in the case of a contract governed by the law of sale of goods or hire-purchase, or by section 7 of this Act, the goods passing under or in pursuance of the contract are of a type ordinarily supplied for private use or consumption.

(2) But on a sale by auction or by competitive tender the buyer is not in any circumstances to be regarded as dealing as consumer.

(3) Subject to this, it is for those claiming that a party does not deal as consumer to show that he does not.

13 Varieties of exemption clause

(1) To the extent that this Part of this Act prevents the exclusion or restriction of any liability it also prevents—

(a) making the liability or its enforcement subject to restrictive or onerous conditions;

(b) excluding or restricting any right or remedy in respect of the liability, or subjecting a person to any prejudice in consequence of his pursuing any such right or remedy;

(c) excluding or restricting rules of evidence or procedure;

and (to that extent) sections 2 and 5 to 7 also prevent excluding or restricting liability by reference to terms and notices which exclude or restrict the relevant obligation or duty.

(2) But an agreement in writing to submit present or future differences to arbitration is not to be treated under this Part of this Act as excluding or restricting any liability.

14 Interpretation of Part I

In this Part of this Act—

“business” includes a profession and the activities of any government department or local or public authority;

“goods” has the same meaning as in [the Sale of Goods Act 1979];

“hire-purchase agreement” has the same meaning as in the Consumer Credit Act 1974;

“negligence” has the meaning given by section 1(1);

“notice” includes an announcement, whether or not in writing, and any other communication or pretended communication; and

“personal injury” includes any disease and any impairment of physical or mental condition.

*Part III**Provisions applying to whole of United Kingdom**Miscellaneous***26 International supply contracts**

- (1) The limits imposed by this Act on the extent to which a person may exclude or restrict liability by reference to a contract term do not apply to liability arising under such a contract as is described in subsection (3) below.
- (2) The terms of such a contract are not subject to any requirement of reasonableness under section 3 or 4 . . .
- (3) Subject to subsection (4), that description of contract is one whose characteristics are the following—
 - (a) either it is a contract of sale of goods or it is one under or in pursuance of which the possession or ownership of goods passes; and
 - (b) it is made by parties whose places of business (or, if they have none, habitual residences) are in the territories of different States (the Channel Islands and the Isle of Man being treated for this purpose as different States from the United Kingdom).
- (4) A contract falls within subsection (3) above only if either—
 - (a) the goods in question are, at the time of the conclusion of the contract, in the course of carriage, or will be carried, from the territory of one State to the territory of another; or
 - (b) the acts constituting the offer and acceptance have been done in the territories of different States; or
 - (c) the contract provides for the goods to be delivered to the territory of a State other than that within whose territory those acts were done.

27 Choice of law clauses

- (1) Where the [law applicable to] a contract is the law of any part of the United Kingdom only by choice of the parties (and apart from that choice would be the law of some country outside the United Kingdom) sections 2 to 7 and 16 to 21 of this Act do not operate as part [of the law applicable to the contract].
- (2) This Act has effect notwithstanding any contract term which applies or purports to apply the law of some country outside the United Kingdom, where (either or both)—
 - (a) the term appears to the court, or arbitrator or arbiter to have been imposed wholly or mainly for the purpose of enabling the party imposing it to evade the operation of this Act; or

(b) in the making of the contract one of the parties dealt as consumer, and he was then habitually resident in the United Kingdom, and the essential steps necessary for the making of the contract were taken there, whether by him or by others on his behalf.

(3) . . .

28 Temporary provision for sea carriage of passengers

(1) This section applies to a contract for carriage by sea of a passenger or of a passenger and his luggage where the provisions of the Athens Convention (with or without modification) do not have, in relation to the contract, the force of law in the United Kingdom.

(2) In a case where—

(a) the contract is not made in the United Kingdom, and

(b) neither the place of departure nor the place of destination under it is in the United Kingdom,

a person is not precluded by this Act from excluding or restricting liability for loss or damage, being loss or damage for which the provisions of the Convention would, if they had the force of law in relation to the contract, impose liability on him.

(3) In any other case, a person is not precluded by this Act from excluding or restricting liability for that loss or damage—

(a) in so far as the exclusion or restriction would have been effective in that case had the provisions of the Convention had the force of law in relation to the contract; or

(b) in such circumstances and to such extent as may be prescribed, by reference to a prescribed term of the contract.

(4) For the purposes of subsection (3)(a), the values which shall be taken to be the official values in the United Kingdom of the amounts (expressed in gold francs) by reference to which liability under the provisions of the Convention is limited shall be such amounts in sterling as the Secretary of State may from time to time by order made by statutory instrument specify.

(5) In this section,—

(a) the references to excluding or restricting liability include doing any of those things in relation to the liability which are mentioned in section 13 or section 25 (3) and (5); and

(b) “the Athens Convention” means the Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974; and

(c) “prescribed” means prescribed by the Secretary of State by regulations made by statutory instrument;

and a statutory instrument containing the regulations shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

29 Saving for other relevant legislation

(1) Nothing in this Act removes or restricts the effect of, or prevents reliance upon, any contractual provision which—

(a) is authorised or required by the express terms or necessary implication of an enactment; or

(b) being made with a view to compliance with an international agreement to which the United Kingdom is a party, does not operate more restrictively than is contemplated by the agreement.

(2) A contract term is to be taken—

(a) for the purposes of Part I of this Act, as satisfying the requirement of reasonableness; and

(b) . . .

if it is incorporated or approved by, or incorporated pursuant to a decision or ruling of, a competent authority acting in the exercise of any statutory jurisdiction or function and is not a term in a contract to which the competent authority is itself a party.

(3) In this section—

“competent authority” means any court, arbitrator or arbiter, government department or public authority;

“enactment” means any legislation (including subordinate legislation) of the United Kingdom or Northern Ireland and any instrument having effect by virtue of such legislation; and

“statutory” means conferred by an enactment.

*General***31 Commencement; amendments; repeals**

(1) This Act comes into force on 1st February 1978.

(2) Nothing in this Act applies to contracts made before the date on which it comes into force; but subject to this, it applies to liability for any loss or damage which is suffered on or after that date.

(3) The enactments specified in Schedule 3 to this Act are amended as there shown.

(4) The enactments specified in Schedule 4 to this Act are repealed to the extent specified in column 3 of that Schedule.

32 Citation and extent

(1) This Act may be cited as the Unfair Contract Terms Act 1977.

(2) Part I of this Act extends to England and Wales and to Northern Ireland; but it does not extend to Scotland.

- (3) . . .
- (4) This Part of this Act extends to the whole of the United Kingdom.

Schedule 1

Scope of Sections 2 to 4 and 7

Section 1(2)

1

Sections 2 to 4 of this Act do not extend to—

- (a) any contract of insurance (including a contract to pay an annuity on human life);
- (b) any contract so far as it relates to the creation or transfer of an interest in land, or to the termination of such an interest, whether by extinction, merger, surrender, forfeiture or otherwise;
- (c) any contract so far as it relates to the creation or transfer of a right or interest in any patent, trade mark, copyright [or design right], registered design, technical or commercial information or other intellectual property, or relates to the termination of any such right or interest;
- (d) any contract so far as it relates—
 - (i) to the formation or dissolution of a company (which means any body corporate or unincorporated association and includes a partnership), or
 - (ii) to its constitution or the rights or obligations of its corporators or members;
- (e) any contract so far as it relates to the creation or transfer of securities or of any right or interest in securities.

2

Section 2(1) extends to—

- (a) any contract of marine salvage or towage;
- (b) any charterparty of a ship or hovercraft; and
- (c) any contract for the carriage of goods by ship or hovercraft;

but subject to this sections 2 to 4 and 7 do not extend to any such contract except in favour of a person dealing as consumer.

3

Where goods are carried by ship or hovercraft in pursuance of a contract which either—

- (a) specifies that as the means of carriage over part of the journey to be covered,
- or

(b) makes no provision as to the means of carriage and does not exclude that means,

then sections 2(2), 3 and 4 do not, except in favour of a person dealing as consumer, extend to the contract as it operates for and in relation to the carriage of the goods by that means.

4

Section 2(1) and (2) do not extend to a contract of employment, except in favour of the employee.

5

Section 2(1) does not affect the validity of any discharge and indemnity given by a person, on or in connection with an award to him of compensation for pneumoconiosis attributable to employment in the coal industry, in respect of any further claim arising from his contracting that disease.

Schedule 2

“Guidelines” for Application of Reasonableness Test

Sections 11(2), 24(2)

The matters to which regard is to be had in particular for the purposes of sections 6(3), 7(3) and (4), 20 and 21 are any of the following which appear to be relevant—

- (a) the strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer's requirements could have been met;
- (b) whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having to accept a similar term;
- (c) whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties);
- (d) where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition is not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable;
- (e) whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer.

D. Civil Liability (Contribution) Act 1978 (Auszug)

6 Interpretation

(1) A person is liable in respect of any damage for the purposes of this Act if the person who suffered it (or anyone representing his estate or dependants) is entitled to recover compensation from him in respect of that damage (whatever the legal basis of his liability, whether tort, breach of contract, breach of trust or otherwise).

(2) References in this Act to an action brought by or on behalf of the person who suffered any damage include references to an action brought for the benefit of his estate or dependants.

(3) In this Act “dependants” has the same meaning as in the Fatal Accidents Act 1976.

(4) In this Act, except in section 1(5) above, “action” means an action brought in England and Wales.

E. Sale of Goods Act 1979 (Auszug)

13 Sale by description

(1) Where there is a contract for the sale of goods by description, there is an implied [term] that the goods will correspond with the description.

[(1A)As regards England and Wales and Northern Ireland, the term implied by subsection (1) above is a condition.]

(2) If the sale is by sample as well as by description it is not sufficient that the bulk of the goods corresponds with the sample if the goods do not also correspond with the description.

(3) A sale of goods is not prevented from being a sale by description by reason only that, being exposed for sale or hire, they are selected by the buyer.

(4) Paragraph 4 of Schedule 1 below applies in relation to a contract made before 18th May 1973.

14 Implied terms about quality or fitness

(1) Except as provided by this section and section 15 below and subject to any other enactment, there is no implied [term] about the quality or fitness for any particular purpose of goods supplied under a contract of sale.

[(2) Where the seller sells goods in the course of a business, there is an implied term that the goods supplied under the contract are of satisfactory quality.

(2A)For the purposes of this Act, goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances.

(2B)For the purposes of this Act, the quality of goods includes their state and condition and the following (among others) are in appropriate cases aspects of the quality of goods—

- (a) fitness for all the purposes for which goods of the kind in question are commonly supplied,
- (b) appearance and finish,
- (c) freedom from minor defects,
- (d) safety, and
- (e) durability.

(2C) The term implied by subsection (2) above does not extend to any matter making the quality of goods unsatisfactory—

- (a) which is specifically drawn to the buyer's attention before the contract is made,
- (b) where the buyer examines the goods before the contract is made, which that examination ought to reveal, or
- (c) in the case of a contract for sale by sample, which would have been apparent on a reasonable examination of the sample.]

(3) Where the seller sells goods in the course of a business and the buyer, expressly or by implication, makes known—

- (a) to the seller, or
- (b) where the purchase price or part of it is payable by instalments and the goods were previously sold by a credit-broker to the seller, to that credit-broker,

any particular purpose for which the goods are being bought, there is an implied [term] that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose, whether or not that is a purpose for which such goods are commonly supplied, except where the circumstances show that the buyer does not rely, or that it is unreasonable for him to rely, on the skill or judgment of the seller or credit-broker.

(4) An implied [term] about quality or fitness for a particular purpose may be annexed to a contract of sale by usage.

(5) The preceding provisions of this section apply to a sale by a person who in the course of a business is acting as agent for another as they apply to a sale by a principal in the course of a business, except where that other is not selling in the course of a business and either the buyer knows that fact or reasonable steps are taken to bring it to the notice of the buyer before the contract is made.

[(6) As regards England and Wales and Northern Ireland, the terms implied by subsections (2) and (3) above are conditions.]

(7) Paragraph 5 of Schedule 1 below applies in relation to a contract made on or after 18 May 1973 and before the appointed day, and paragraph 6 in relation to one made before 18th May 1973.

(8) In subsection (7) above and paragraph 5 of Schedule 1 below references to the appointed day are to the day appointed for the purposes of those provisions by an order of the Secretary of State made by statutory instrument.

[15A Modification of remedies for breach of condition in non-consumer cases]⁵

[(1) Where in the case of a contract of sale—

(a) the buyer would, apart from this subsection, have the right to reject goods by reason of a breach on the part of the seller of a term implied by section 13, 14 or 15 above, but

(b) the breach is so slight that it would be unreasonable for him to reject them,

then, if the buyer does not deal as consumer, the breach is not to be treated as a breach of condition but may be treated as a breach of warranty.

(2) This section applies unless a contrary intention appears in, or is to be implied from, the contract.

(3) It is for the seller to show that a breach fell within subsection (1)(b) above.

(4) This section does not apply to Scotland.]

30 Delivery of wrong quantity

(1) Where the seller delivers to the buyer a quantity of goods less than he contracted to sell, the buyer may reject them, but if the buyer accepts the goods so delivered he must pay for them at the contract rate.

(2) Where the seller delivers to the buyer a quantity of goods larger than he contracted to sell, the buyer may accept the goods included in the contract and reject the rest, or he may reject the whole.

[(2A) A buyer who does not deal as consumer may not—

(a) where the seller delivers a quantity of goods less than he contracted to sell, reject the goods under subsection (1) above, or

(b) where the seller delivers a quantity of goods larger than he contracted to sell, reject the whole under subsection (2) above,

if the shortfall or, as the case may be, excess is so slight that it would be unreasonable for him to do so.

(2B) It is for the seller to show that a shortfall or excess fell within subsection (2A) above.

(2C) Subsections (2A) and (2B) above do not apply to Scotland.]

[(2D), (2E). . .]

(3) Where the seller delivers to the buyer a quantity of goods larger than he contracted to sell and the buyer accepts the whole of the goods so delivered he must pay for them at the contract rate.

(4) . . .

5. Eingefügt aufgrund Sale and Supply of Goods Act 1994, s 4(1).

(5) This section is subject to any usage of trade, special agreement, or course of dealing between the parties.

F. Limitation Act 1980 (Auszug)

Part I

Ordinary Time Limits for Different Classes of Action

Time limits under Part I subject to extension or exclusion under Part II

1 Time limits under Part I subject to extension or exclusion under Part II

(1) This Part of this Act gives the ordinary time limits for bringing actions of the various classes mentioned in the following provisions of this Part.

(2) The ordinary time limits given in this Part of this Act are subject to extension or exclusion in accordance with the provisions of Part II of this Act.

Actions founded on tort

2 Time limit for actions founded on tort

An action founded on tort shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the cause of action accrued.

[...]

Actions founded on simple contract

5 Time limit for actions founded on simple contract

An action founded on simple contract shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the cause of action accrued.

[...]

General rule for actions on a specialty

8 Time limit for actions on a specialty

(1) An action upon a specialty shall not be brought after the expiration of twelve years from the date on which the cause of action accrued.

(2) Subsection (1) above shall not affect any action for which a shorter period of limitation is prescribed by any other provision of this Act.

[...]

Actions in respect of latent damage not involving personal injuries

[14ASpecial time limit for negligence actions where facts relevant to cause of action are not known at date of accrual]

(1) This section applies to any action for damages for negligence, other than one to which section 11 of this Act applies, where the starting date for reckoning the period of limitation under subsection (4)(b) below falls after the date on which the cause of action accrued.

(2) Section 2 of this Act shall not apply to an action to which this section applies.

(3) An action to which this section applies shall not be brought after the expiration of the period applicable in accordance with subsection (4) below.

(4) That period is either—

(a) six years from the date on which the cause of action accrued; or

(b) three years from the starting date as defined by subsection (5) below, if that period expires later than the period mentioned in paragraph (a) above.

(5) For the purposes of this section, the starting date for reckoning the period of limitation under subsection (4)(b) above is the earliest date on which the plaintiff or any person in whom the cause of action was vested before him first had both the knowledge required for bringing an action for damages in respect of the relevant damage and a right to bring such an action.

(6) In subsection (5) above “the knowledge required for bringing an action for damages in respect of the relevant damage” means knowledge both—

(a) of the material facts about the damage in respect of which damages are claimed; and

(b) of the other facts relevant to the current action mentioned in subsection (8) below.

(7) For the purposes of subsection (6)(a) above, the material facts about the damage are such facts about the damage as would lead a reasonable person who had suffered such damage to consider it sufficiently serious to justify his instituting proceedings for damages against a defendant who did not dispute liability and was able to satisfy a judgment.

(8) The other facts referred to in subsection (6)(b) above are—

(a) that the damage was attributable in whole or in part to the act or omission which is alleged to constitute negligence; and

(b) the identity of the defendant; and

(c) if it is alleged that the act or omission was that of a person other than the defendant, the identity of that person and the additional facts supporting the bringing of an action against the defendant.

(9) Knowledge that any acts or omissions did or did not, as a matter of law, involve negligence is irrelevant for the purposes of subsection (5) above.

(10) For the purposes of this section a person's knowledge includes knowledge which he might reasonably have been expected to acquire—

- (a) from facts observable or ascertainable by him; or
- (b) from facts ascertainable by him with the help of appropriate expert advice which it is reasonable for him to seek;

but a person shall not be taken by virtue of this subsection to have knowledge of a fact ascertainable only with the help of expert advice so long as he has taken all reasonable steps to obtain (and, where appropriate, to act on) that advice.]

[14B Overriding time limit for negligence actions not involving personal injuries]

[(1) An action for damages for negligence, other than one to which section 11 of this Act applies, shall not be brought after the expiration of fifteen years from the date (or, if more than one, from the last of the dates) on which there occurred any act or omission—

- (a) which is alleged to constitute negligence; and
- (b) to which the damage in respect of which damages are claimed is alleged to be attributable (in whole or in part).

(2) This section bars the right of action in a case to which subsection (1) above applies notwithstanding that—

- (a) the cause of action has not yet accrued; or
- (b) where section 14A of this Act applies to the action, the date which is for the purposes of that section the starting date for reckoning the period mentioned in subsection (4)(b) of that section has not yet occurred;

before the end of the period of limitation prescribed by this section.]

[...]

[28A Extension for cases where the limitation period is the period under section 14A(4)(b)]

[(1) Subject to subsection (2) below, if in the case of any action for which a period of limitation is prescribed by section 14A of this Act—

- (a) the period applicable in accordance with subsection (4) of that section is the period mentioned in paragraph (b) of that subsection;
- (b) on the date which is for the purposes of that section the starting date for reckoning that period the person by reference to whose knowledge that date fell to be determined under subsection (5) of that section was under a disability; and
- (c) section 28 of this Act does not apply to the action;

the action may be brought at any time before the expiration of three years from the date when he ceased to be under a disability or died (whichever first occurred) notwithstanding that the period mentioned above has expired.

(2) An action may not be brought by virtue of subsection (1) above after the end of the period of limitation prescribed by section 14B of this Act.]

[...]

Fraud, concealment and mistake

32 Postponement of limitation period in case of fraud, concealment or mistake

(1) Subject to [subsections (3) and (4A)] below, where in the case of any action for which a period of limitation is prescribed by this Act, either—

- (a) the action is based upon the fraud of the defendant; or
- (b) any fact relevant to the plaintiff's right of action has been deliberately concealed from him by the defendant; or
- (c) the action is for relief from the consequences of a mistake;

the period of limitation shall not begin to run until the plaintiff has discovered the fraud, concealment or mistake (as the case may be) or could with reasonable diligence have discovered it.

References in this subsection to the defendant include references to the defendant's agent and to any person through whom the defendant claims and his agent.

(2) For the purposes of subsection (1) above, deliberate commission of a breach of duty in circumstances in which it is unlikely to be discovered for some time amounts to deliberate concealment of the facts involved in that breach of duty.

(3) Nothing in this section shall enable any action—

- (a) to recover, or recover the value of, any property; or
- (b) to enforce any charge against, or set aside any transaction affecting, any property;

to be brought against the purchaser of the property or any person claiming through him in any case where the property has been purchased for valuable consideration by an innocent third party since the fraud or concealment or (as the case may be) the transaction in which the mistake was made took place.

(4) A purchaser is an innocent third party for the purposes of this section—

- (a) in the case of fraud or concealment of any fact relevant to the plaintiff's right of action, if he was not a party to the fraud or (as the case may be) to the concealment of that fact and did not at the time of the purchase know or have reason to believe that the fraud or concealment had taken place; and
- (b) in the case of mistake, if he did not at the time of the purchase know or have reason to believe that the mistake had been made.

[(4A) Subsection (1) above shall not apply in relation to the time limit prescribed by section 11A(3) of this Act or in relation to that time limit as applied by virtue of section 12(1) of this Act].

[(5) Sections 14A and 14B of this Act shall not apply to any action to which subsection (1)(b) above applies (and accordingly the period of limitation referred to in that subsection, in any case to which either of those sections would otherwise apply, is the period applicable under section 2 of this Act).]

36 Equitable jurisdiction and remedies

- (1) The following time limits under this Act, that is to say—
- (a) the time limit under section 2 for actions founded on tort;

[(aa)the time limit under section 4A for actions for libel or slander, or for slander of title, slander of goods or other malicious falsehood;]
 - (b) the time limit under section 5 for actions founded on simple contract;
 - (c) the time limit under section 7 for actions to enforce awards where the submission is not by an instrument under seal;
 - (d) the time limit under section 8 for actions on a specialty;
 - (e) the time limit under section 9 for actions to recover a sum recoverable by virtue of any enactment; and
 - (f) the time limit under section 24 for actions to enforce a judgment;

shall not apply to any claim for specific performance of a contract or for an injunction or for other equitable relief, except in so far as any such time limit may be applied by the court by analogy in like manner as the corresponding time limit under any enactment repealed by the Limitation Act 1939 was applied before 1st July 1940.

- (2) Nothing in this Act shall affect any equitable jurisdiction to refuse relief on the ground of acquiescence or otherwise.

G. Supply of Goods and Services Act 1982 (Auszug)

9 Implied terms about quality or fitness

- (1) Except as provided by this section and section 10 below and subject to the provisions of any other enactment, there is no implied condition or warranty about the quality or fitness for any particular purpose of goods bailed under a contract for the hire of goods.
- (2) Where, under such a contract, the bailor bails goods in the course of a business, there is an implied condition that the goods supplied under the contract are of satisfactory quality.
- (2A) For the purposes of this section and section 10 below, goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the consideration for the bailment (if relevant) and all the other relevant circumstances.
- (3) The condition implied by subsection (2) above does not extend to any matter making the quality of goods unsatisfactory—

- (a) which is specifically drawn to the bailee's attention before the contract is made,
 - (b) where the bailee examines the goods before the contract is made, which that examination ought to reveal, or
 - (c) where the goods are bailed by reference to a sample, which would have been apparent on a reasonable examination of the sample.]
- (4) Subsection (5) below applies where, under a contract for the hire of goods, the bailor bails goods in the course of a business and the bailee, expressly or by implication, makes known—
- (a) to the bailor in the course of negotiations conducted by him in relation to the making of the contract, or
 - (b) to a credit-broker in the course of negotiations conducted by that broker in relation to goods sold by him to the bailor before forming the subject matter of the contract,
- any particular purpose for which the goods are being bailed.
- (5) In that case there is (subject to subsection (6) below) an implied condition that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose, whether or not that is a purpose for which such goods are commonly supplied.
- (6) Subsection (5) above does not apply where the circumstances show that the bailee does not rely, or that it is unreasonable for him to rely, on the skill or judgment of the bailor or credit-broker.
- (7) An implied condition or warranty about quality or fitness for a particular purpose may be annexed by usage to a contract for the hire of goods.
- (8) The preceding provisions of this section apply to a bailment by a person who in the course of a business is acting as agent for another as they apply to a bailment by a principal in the course of a business, except where that other is not bailing in the course of a business and either the bailee knows that fact or reasonable steps are taken to bring it to the bailee's notice before the contract concerned is made.

...

H. Financial Services Act 1986 (Auszug)

Chapter V

Conduct of Investment Business

47 Misleading statements and practices

- (1) Any person who—
 - (a) makes a statement, promise or forecast which he knows to be misleading, false or deceptive or dishonestly conceals any material facts; or

(b) recklessly makes (dishonestly or otherwise) a statement, promise or forecast which is misleading, false or deceptive,

is guilty of an offence if he makes the statement, promise or forecast or conceals the facts for the purpose of inducing, or is reckless as to whether it may induce, another person (whether or not the person to whom the statement, promise or forecast is made or from whom the facts are concealed) to enter or offer to enter into, or to refrain from entering or offering to enter into, an investment agreement or to exercise, or refrain from exercising, any rights conferred by an investment.

(2) Any person who does any act or engages in any course of conduct which creates a false or misleading impression as to the market in or the price or value of any investments is guilty of an offence if he does so for the purpose of creating that impression and of thereby inducing another person to acquire, dispose of, subscribe for or underwrite those investments or to refrain from doing so or to exercise, or refrain from exercising, any rights conferred by those investments.

(3) In proceedings brought against any person for an offence under subsection (2) above it shall be a defence for him to prove that he reasonably believed that his act or conduct would not create an impression that was false or misleading as to the matters mentioned in that subsection.

(4) Subsection (1) above does not apply unless—

(a) the statement, promise or forecast is made in or from, or the facts are concealed in or from, the United Kingdom;

(b) the person on whom the inducement is intended to or may have effect is in the United Kingdom; or

(c) the agreement is or would be entered into or the rights are or would be exercised in the United Kingdom.

(5) Subsection (2) above does not apply unless—

(a) the act is done or the course of conduct is engaged in the United Kingdom; or

(b) the false or misleading impression is created there.

(6) A person guilty of an offence under this section shall be liable—

(a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding seven years or to a fine or to both;

(b) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding the statutory maximum or to both.

I. Financial Services and Markets Act 2000 (Auszug)*Part VIII**Penalties for Market Abuse**Market Abuse***118 Market abuse**

(1) For the purposes of this Act, market abuse is behaviour (whether by one person alone or by two or more persons jointly or in concert)—

(a) which occurs in relation to qualifying investments traded on a market to which this section applies;

(b) which satisfies any one or more of the conditions set out in subsection (2); and

(c) which is likely to be regarded by a regular user of that market who is aware of the behaviour as a failure on the part of the person or persons concerned to observe the standard of behaviour reasonably expected of a person in his or their position in relation to the market.

(2) The conditions are that—

(a) the behaviour is based on information which is not generally available to those using the market but which, if available to a regular user of the market, would or would be likely to be regarded by him as relevant when deciding the terms on which transactions in investments of the kind in question should be effected;

(b) the behaviour is likely to give a regular user of the market a false or misleading impression as to the supply of, or demand for, or as to the price or value of, investments of the kind in question;

(c) a regular user of the market would, or would be likely to, regard the behaviour as behaviour which would, or would be likely to, distort the market in investments of the kind in question.

(3) The Treasury may by order prescribe (whether by name or by description)—

(a) the markets to which this section applies; and

(b) the investments which are qualifying investments in relation to those markets.

(4) The order may prescribe different investments or descriptions of investment in relation to different markets or descriptions of market.

(5) Behaviour is to be disregarded for the purposes of subsection (1) unless it occurs—

(a) in the United Kingdom; or

(b) in relation to qualifying investments traded on a market to which this section applies which is situated in the United Kingdom or which is accessible electronically in the United Kingdom.

(6) For the purposes of this section, the behaviour which is to be regarded as occurring in relation to qualifying investments includes behaviour which—

(a) occurs in relation to anything which is the subject matter, or whose price or value is expressed by reference to the price or value, of those qualifying investments; or

(b) occurs in relation to investments (whether qualifying or not) whose subject matter is those qualifying investments.

(7) Information which can be obtained by research or analysis conducted by, or on behalf of, users of a market is to be regarded for the purposes of this section as being generally available to them.

(8) Behaviour does not amount to market abuse if it conforms with a rule which includes a provision to the effect that behaviour conforming with the rule does not amount to market abuse.

(9) Any reference in this Act to a person engaged in market abuse is a reference to a person engaged in market abuse whether alone or with one or more other persons.

(10) In this section—

“behaviour” includes action or inaction;

“investment” is to be read with section 22 and Schedule 2;

“regular user”, in relation to a particular market, means a reasonable person who regularly deals on that market in investments of the kind in question.

NOTES

Initial Commencement

To be appointed

To be appointed: see s 431(2)

ANHANG B: ENGLISCHES ENTSCHEIDUNGSREGISTER

- Ackerman v Protius Services [1988] 2 E.G.L.R. 259
- Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co Ltd and Securicor (Scotland) Ltd (The "Strathallan") [1983] 1 All E.R. 101
- Alan Estates Ltd v W. G. Stores Ltd [1982] Ch. 511
- Allen v Pink (1838) 4 M. & W. 140
- Allied Marine Transport Ltd v Vale do Rio Doce Navegação SA (The "Leonidas D") [1985] 2 Lloyd's Rep. 18
- Andersen v Fitzgerald (1853) 4 H.L.C. 484
- André & Cie SA v Ets. Michel Blanc & Fils [1977] 2 Lloyd's Rep. 166
- André & Cie SA v Ets. Michel Blanc & Fils [1979] 2 Lloyd's Rep. 427
- Andrews Brothers (Bournemouth) Ltd v Singer and Company Ltd [1934] 1 K.B. 17
- Andros Springs (Owners) v World Beauty (Owners) (The "World Beauty") [1970] P. 144
- Anns v Merton London Borough Council [1978] A.C. 728
- Archer v Brown [1985] Q.B. 401
- Arcos Ltd v E. A. Ronaasen and Son Ltd [1933] A.C. 470
- Aries Tanker Corp v Total Transport Ltd [1977] 1 All E.R. 398
- Armstrong v Jackson [1917] 2 K.B. 822
- Aruna Mills Ltd v Dhanrajmal Gobindram [1968] 1 Q.B. 655
- Ashton v Corrigan (1871) L.R. 13 Eq. 76
- Astley Industrial Trust Ltd v Grimley [1963] 2 All E.R. 33
- Atlantic Lines & Navigation Co Inc v Hallam Ltd (The "Lucy") [1983] 1 Lloyd's Rep. 188
- Attica Sea Carriers Corporation v Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei GmbH [1976] 1 Lloyd's Rep. 250
- Autocar Equipment v Motemtronic L.S.G. 25 September 1996
- Baker v Black Sea and Baltic General Insurance Co Ltd [1998] 2 All E.R. 833
- Baldry v Marshall [1925] 1 Q.B. 260
- Bank of New Zealand v Simpson [1900] A.C. 182

Bank of Nova Scotia v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd (The "Good Luck") [1992] 1 A.C. 233

Bannerman v White (1861) 10 C.B. (N.S.) 844

Barclays Bank plc v Fairclough Building Ltd [1995] 1 All E.R. 289

Bawden v The London, Edinburgh, and Glasgow Assurance Co [1892] 2 Q.B. 534

Behn v Burness (1863) 3 B. & S. 751

Bell v Lever Brothers Ltd [1932] A.C. 161

Bentsen v Taylor, Sons & Co (2) [1893] 2 Q.B. 274

Berg v Sadler and Moore [1937] 2 K.B. 158

Beswick v Beswick [1968] A.C. 58

Bettini v Gye (1876) 1 Q.B.D. 183

Bissett v Wilkinson [1927] A.C. 177

Bovis Construction (Scotland) Ltd v Whatlings Construction Ltd Times L.Rep. 19 October 1995, 1

Bowdell v Parsons (1808) 10 East 359

Box v Midland Bank Ltd [1979] 2 Lloyd's Rep. 391

Bragg v Villanova (1923) 40 T.L.R. 154

Bremer Handelsgesellschaft mbH v Vanden Avenne Izegem PVBA [1978] 2 Lloyd's Rep. 109

Briggs v Oates [1990] I.C.R. 473

Brikom Investments Ltd v Carr [1979] Q.B. 467

British and Commonwealth Holdings plc v Barclays Bank plc [1996] 1 All E.R. 381

British Racing Drivers' Club Ltd v Hextall Erskine & Co (a firm) [1996] 3 All E.R. 667

British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Company of London Ltd [1912] A.C. 673

Brown v Raphael [1958] Ch. 636

Buckland v Farmer & Moody (a firm) [1979] 3 All E.R. 929

Bunge Corp'n v Tradax SA [1981] 2 All E.R. 513

Campbell v Jones (1796) 6 T.R. 570

Car and Universal Finance Co Ltd v Caldwell [1965] 1 Q.B. 525

- Carlill v Carbolic Smoke Ball Co [1893] 1 Q.B. 256
- Cehave NV v Bremer Handelsgesellschaft mbH (The “Hansa Nord”) [1976] Q.B. 44
- Cemp Properties (UK) v Dentsply Research & Development Corp [1991] 2 E.G.L.R. 197
- Cerealmangimi SpA v Alfred C Toepfer (The “Eurometal”) [1981] 3 All E.R. 533
- Chandris v Isbrandtsen-Moller Co Inc [1951] 1 K.B. 240
- Charterhouse Credit Co Ltd v Tolly [1963] 2 Q.B. 683
- Christie v Borelly (1860) 29 L.J.Ch. 153
- City of Westminster Properties (1934) Ltd v Mudd [1959] Ch. 129
- Clark v Urquhart [1930] A.C. 28
- Clarke v Dickson (1858) E.B. & E. 148
- Clough v The London and North Western Railway Company (1871) L.R. 7 Exch. 26
- Clydebank Engineering and Shipbuilding Co Ltd v. Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda [1905] A.C. 6
- Collier v Brown (1788) 1 Cox C.C. 428
- Compania Naviera Maropan S/A v Bowaters Lloyd Pulp and Paper Mills Ld (The “Stork”) [1955] 2 Q.B. 68
- Cook Industries Inc v Meunerie Liegeois SA [1981] 1 Lloyd’s Rep. 359
- Cooper v Tamms [1988] 1 E.G.L.R. 256
- Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd [1998] A.C. 1
- Couchman v Hill [1947] K.B. 554
- County NatWest Bank Ltd v Barton Times L.Rep. 29 July 1999, 1
- Crabb v Arun District Council [1975] 3 All E.R. 865
- Cremdean Properties Ltd v Nash (1977) 244 E.G. 547
- Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Co [1951] 1 K.B. 805
- Dakin v Oxley (1864) 15 C.B. (N.S.) 647
- Damon Compania Naviera v Hapag-Lloyd International SA (The “Blankenstein”) [1985] 1 Lloyd’s Rep. 93
- Daniel Reeds Ltd v EM ESS Chemists Ltd [1995] C.L.C. 1405
- De Lassalle v Guildford [1901] 2 K.B. 215

XXX

Decro-Wall International SA v Practitioners in Marketing Ltd [1971] 2 All E.R. 216

Denne v Light (1857) 8 D.M. & G. 774

Denne v Light (1857) 8 D.M. & G. 774

Dimmock v Hallett (1866) L.R. 2 Ch.App. 21

Dolphin Hellas Shipping SA v Itemslot Ltd (The “Aegean Dolphin”) [1992] 2 Lloyd’s Rep. 178

Donoghue v Stevenson [1932] A.C. 562

Doyle v Olby (Ironmongers) Ltd [1969] 2 Q.B. 158

Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd [1915] A.C. 79

Duport Steels Ltd v Sirs [1980] 1 All E.R. 529

Earl of Oxford’s Case (1615) 1 W. & T. 615, 21 Eng. Rep. 485

East v Maurer [1991] 2 All E.R. 733

Ecay v Godfrey (1947) 80 Ll.L.R. 286

Esso Petroleum Co Ltd v Mardon [1976] Q.B. 801

Esso Petroleum Co Ltd v Milton Times L.Rep. 13 February 1997, 1

Ets. Soules & Cie v International Trade Development Co Ltd [1980] 1 Lloyd’s Rep. 129

Eurocopy plc v Teesdale [1992] B.C.L.C. 1067

European Grain & Shipping Ltd v Peter Cremer [1983] 1 Lloyd’s Rep. 211

Evans Marshall & Co Ltd v Bertola SA and Independent Sherry Importers Ltd [1976] 2 Lloyd’s Rep. 17

Ex parte Biggs (1859) 28 L.J.Ch. 50

F. & H. Entertainments v Leisure Enterprises (1976) 240 E.G. 445

Federal Commerce & Navigation Co Ltd v Molena Alpha Inc [1979] A.C. 757

Finagrain SA Geneva v P. Kruse Hamburg [1976] 2 Lloyd’s Rep. 508

First National Reinsurance Co Ltd v Greenfield [1921] 2 K.B. 260

Flamar Interocean Ltd v Denmac Ltd (The “Flamar Pride” and “Flamar Progress”) [1990] 1 Lloyd’s Rep. 434

Forsikringsaktieselskapet Vesta v Butcher, Bain Dawes Ltd, Aquacultural Insurance Services Ltd [1989] A.C. 852

Freeth v Burr (1873) L.R. 9 C.P. 208

Fyffes Group Ltd and Caribbean Gold Ltd v Reefer Express Lines Pty Ltd and Reefkrit Shipping Inc (The “Kriti Rex”) [1996] 2 Lloyd’s Rep. 171

Garden Neptune Shipping Ltd v Occidental Worldwide Investment Corp and Concord Petroleum Corp [1990] 1 Lloyd’s Rep. 330

Gatoil Anstalt v Omennial Ltd (The “Balder London”) [1980] 2 Lloyd’s Rep. 489

Gebr. Van Weelde Scheepvaarkantor BV v Compania Naviera Sea Orient SA (The “Agrabele”) [1987] 2 Lloyd’s Rep. 223

Gee v Lucas (1867) 16 L.T. 357

General Billposting Co Ltd v Atkinson [1909] A.C. 118

George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd [1983] 2 A.C. 803

Glaholm v Hays (1841) 2 Man. & G. 257

Glebe Island Terminals Pty Ltd v Continental Seagram Pty Ltd (The “Antwerpen”) [1994] 1 Lloyd’s Rep. 213

Glessing v Green [1975] 2 All E.R. 696

Gordon v Selico Ltd (1986) 278 E.G. 53

Gosling v Anderson (1972) 223 E.G. 1743

Goss v Lord Nugent (1833) 110 Eng. Rep. 713

Gran Gelato Ltd v Richcliff (Group) Ltd [1992] Ch. 560

Guy-Pell v Foster [1930] 2 Ch. 169

H. R. and S. Sainsbury Ltd v Street [1972] 3 All E.R. 1127

Harling v Eddy [1951] 2 K.B. 739

Harlingdon and Leinster Enterprises Ltd v Christopher Hull Fine Art Ltd [1991] 1 Q.B. 564

Head v Tattersall (1871) L.R. 7 Exch. 7

Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd [1964] A.C. 465

Heilbut, Symons & Co v Buckleton [1913] A.C. 30

Henderson v Merrett Syndicates Ltd [1994] 3 All E.R. 506

Heyman v Darwins Ltd [1942] A.C. 356

Highlands Insurance Co v Continental Insurance Co [1987] 1 Lloyd’s Rep. 109

Hivac Ltd v Park Royal Scientific Instruments Ltd [1946] Ch. 169

Honck v Muller (1881) 7 Q.B.D. 92

Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd [1962] 2 Q.B. 26

- Howard Marine and Dredging Co Ltd v A. Ogden & Sons (Excavations) Ltd [1978] Q.B. 574
- Hulton v Hulton [1917] 1 K.B. 813
- Humfrey v Dale 7 E. & B. 266
- Hurst v Bryk [1999] Ch. 1
- Hussey v Eels [1990] 2 Q.B. 227
- Hutton v Warren (1836) 1 M. & W. 466
- Hyundai Heavy Industries Ltd v Papadopoulos [1980] 2 Lloyd's Rep. 1
- In re Estates Investment Company (Pawle's Case) (1869) L.R. 4 Ch.App. 497
- In re Hop and Malt Exchange and Warehouse Co, ex parte Briggs (1866) L.R. 1 Eq 483
- Jacovides v Constantinous The Times 27 October 1986
- JEB Fasteners Ltd v Marks Bloom & Co (a firm) [1983] 1 All E.R. 583
- Jendwine v Slade (1797) 2 Esp. 571
- Jennings v Broughton (1854) 5 D.M. & G. 126
- Joel v Law Union and Crown Insurance Co [1908] 2 K.B. 863
- Johnson v Agnew [1980] A.C. 367
- Jones v Barkley (1781) 2 Dougl. 648
- Karsales (Harrow) Ltd v Wallis [1956] 2 All E.R. 866
- Keeley v Guy McDonald (1984) 134 New L.J. 522
- Keith, Prowse & Co v National Telephone Company (1894) 2 Ch. 147
- Kemble v Farren (1829) 6 Bing. 141
- Kingston v Preston (1773) Lofft 194
- Kleinwort Benson Ltd v Malaysian Mining Corp Berhad [1989] 1 All E.R. 785
- Koufos v C. Czarnikow Ltd (The "Heron II") [1969] 1 A.C. 350
- L. Schuler AG v Wickman Machine Tool Sales Ltd [1974] A.C. 235
- Leaf v International Galleries (a firm) [1950] 2 K.B. 86
- Leeds Shipping Co Ltd v Société Française Bunge [1958] 2 Lloyd's Rep. 127
- Leiston Gas Co v Leiston-cum-Sizewell Urban District Council [1916] 2 K.B. 428
- Leslie Shipping Co v Welstead (The "Raithwaite") [1921] 3 K.B. 420

- L'Estrange v F. Graucob Ltd [1934] 2 K.B. 394
- Levison v Farin [1978] 2 All E.R. 1149
- Levison v Patent Steam Carpet Cleaning Co Ltd [1978] Q.B. 69
- Lexmead (Basingstoke) Ltd v Lewis [1982] A.C. 225
- Lifesavers (Australasia) Ltd v Frigmobile Pty Ltd (1983) 1 N.S.W.R. 431
- Lindsay Petroleum Co v Hurd, Farewell and Kemp (1874) L.R. 5 P.C. 221
- Lion Nathan Ltd v C-C Bottlers Ltd Times L.Rep. 16 May 1996, 1
- Lloyds and Scottish Finance Ltd v Modern Cars and Caravans (Kingston) Ltd [1966] 1 Q.B. 764
- Locker and Woolf Ld v Western Australian Insurance Co [1936] 1 K.B. 408
- Lombank Ltd v Excell [1963] 3 All E.R. 486
- Lombard North Central plc v Butterworth [1987] Q.B. 527
- London Borough of Havering v Stevenson [1970] 3 All E.R. 609
- Longden v British Coal Corporation [1998] A.C. 653
- Lonrho plc v Fayed (No 2) [1991] 4 All E.R. 961
- Lovelock v Franklyn (1846) 8 Q.B. 371
- MacAndrew v Chapple (1866) L.R. 1 C.P. 643
- Mann v Nunn (1874) 30 L.T. 526
- Mardorf Peach & Co Ltd v Attica Sea Carriers Corporation of Liberia (The "Laconia") [1977] A.C. 850
- Maredelanto Compania Naviera SA v Bergbau-Handel GmbH (The "Mihalis Angelos") [1971] 1 Q.B. 164
- Marten v Whale [1917] 2 K.B. 480
- McConnel v Wright [1903] 1 Ch. 546
- McDougall v Aeromarine of Emsworth Ltd [1958] 2 Lloyd's Rep. 345
- McInerny v Lloyd's Bank Ltd. [1974] 1 Lloyd's Rep. 246
- Mersey Steel & Iron Co Ltd v Naylor, Benzon & Co 9 App.Cas. 434
- Millar's Machinery Co Ltd v David Way & Son (1935) 40 Com.Cas. 204
- Monarch Airlines Ltd v London Luton Airport Ltd [1998] 1 Lloyd's Rep. 403
- Morris v C. W. Martin & Sons Ltd [1966] 1 Q.B. 716
- Mortlock v Buller (1804) 10 Ves. 292

Mortlock v Buller (1804) 10 Ves. 292

Morton v Lamb (1797) 7 T.R. 125

Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries SA v Shipping Corporation of India (The “Kanchenjunga”) [1990] 1 Lloyd’s Rep. 391

National Pari-Mutuel Association v R. (1930) 47 T.L.R. 110

Naughton v O’Callaghan [1990] 3 All E.R. 191

Nelson Pine Industries Ltd v Seatrans New Zealand Ltd (The “Pembroke”) [1995] 2 Lloyd’s Rep. 290

Newbigging v Adam (1886) 34 Ch.D. 582

Nutting v Baldwin [1995] 2 All E.R. 321

Occidental Worldwide Investment Corp v Skibs A/S Avanti, Skibs A/S Glarona, Skibs A/S Navalis (The “Siboen” and the “Sibotre”) [1976] 1 Lloyd’s Rep. 293

Oceanic Freighters Corporation v M.V. Libyaville Reederei und Schiffahrts GmbH (The “Libyaville”) [1975] 1 Lloyd’s Rep. 537

Orion Insurance Co plc v Sphere Drake Insurance plc [1992] 1 Lloyd’s Rep. 239

Oscar Chess Ltd v Williams [1957] 1 All E.R. 325

Oudaille v Lawson [1922] N.Z.L.R. 259

Overseas Tankship (UK) Ltd v Morts Dock & Engineering Co Ltd (The “Wagon Mound”) [1961] A.C. 388

Pan Atlantic Insurance Ltd. v Pine Top Insurance Co [1993] 1 Lloyd’s Rep. 496

Peyman v Lanjani [1985] Ch. 457

Philips Hong Kong v Attorney General of Hong Kong (1993) 61 Build.L.R. 41

Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980] A.C. 827

Pilmore v Hood (1838) 5 Bing.N.C. 97

Polhill v Walter (1832) 3 B. & Ad. 114

Pordage v Cole (1669) 1 Wms.Saund. 319

Port Jackson Stevedoring Pty Ltd v Salmond and Spraggon (Australia) Pty Ltd (The “New York Star”) [1980] 3 All E.R. 257

Poussard v Spiers and Pond (1876) 1 Q.B.D. 410

Price v Dyer (1810) 17 Ves. 356

Production Technology Consultants v Barlett [1986] 1 E.G.L.R. 82

Pym v Campbell (1856) 6 E. & B. 370

- Quadrant Visual Communications Ltd v Hutchison Telephone (UK) [1993] B.C.L.C. 442
- R & B Customs Brokers Co Ltd v United Dominions Trust Ltd [1988] 1 All E.R. 847
- Rabin v Gerson Berger Association Ltd [1986] 1 All E.R. 374
- Redgrave v Hurd (1881) 20 Ch.D. 1
- Regent OHG Aisenstadt und Barig v Francesco of Jermyn Street [1981] 3 All E.R. 327
- Resolute Maritime Inc v Nippon Kaiji Kyokai (The “Skopas”) [1983] 1 Lloyd’s Rep. 431
- Roadworks (1952) Ltd v J. R. Charman [1994] 2 Lloyd’s Rep. 99
- Robertson v Jackson (1845) 2 C.B. 412
- Ronex Properties Ltd v John Laing Construction Ltd [1983] Q.B. 398
- Royscot Trust Ltd v Rogerson [1991] 2 Q.B. 297
- Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth Laddingford Enclosures Ltd Times L.Rep. 7 January 1994, 1
- S. Pearson & Son Ltd v Dublin Corporation [1907] A.C. 351
- S.N. Kurkjian (Commodity Brokers) Ltd v Marketing Exchange for Africa Ltd [1986] 2 Lloyd’s Rep. 614
- S.S. Ardennes (Cargo Owners) v S.S. Ardennes (Owners) [1951] 1 K.B. 55
- Sayers v Harlow Urban District Council [1958] 2 All E.R. 342
- Scala House & District Property Co Ltd v Forbes [1974] Q.B. 575
- Scandinavian Trading Tanker Co AB v Flota Petrolera Ecuatoriana (The “Scap-trade”) [1983] 2 A.C. 694
- Scarf v Jardine (1882) 7 App.Cas. 345
- Schenkers Ltd v Overland Shoes Ltd [1998] 1 Lloyd’s Rep. 498
- Scholey v Central Railway Company of Venezuela (1868) L.R. 9 Eq. 266
- Schwawel v Reade [1913] 2 I.R. 64 (H.L.)
- Sea Calm Shipping Co SA v Chantiers Navals d’Esterel SA (The “Uhenbels”) [1986] 2 Lloyd’s Rep. 294
- Securities and Investments Board v Pantell SA (No. 2) [1993] 1 All E.R. 134
- Sheffield v Pickfords Ltd, Times L.Rep. 17 March 1997, 1
- Shell UK Ltd v Lostock Garage Ltd [1977] 1 All E.R. 481

- Shipskredittforeningen v Emperor Navigation* [1998] 1 Lloyd's Rep. 66
- Shirlaw v Southern Foundries (1926) Ltd* [1939] 2 K.B. 206
- Showa Oil Tanker Co Ltd of Japan v Maravan SA of Caracas (The "Larissa")*
[1983] 2 Lloyd's Rep. 325
- Singer Co (UK) Ltd v Tees and Hartlepool Port Authority* [1988] 2 Lloyd's Rep.
164
- Slade's Case* 4 Co.Rep. 91a
- Smeaton Hanscomb & Co Ltd v Saqsson I. Setty & Co (No 1)* [1953] 1 W.L.R.
1468
- Smith Kline & French Laboratories Ltd v Long* [1988] 3 All E.R. 887
- Smith New Court Securities v Citibank NA* [1997] A.C. 254
- Smith New Court Securities v Scrimgeour Vickers (Asset Management) Ltd* [1996]
4 All E.R. 769
- Smith v Chadwick, Chadwick, Adamson, and Collier* (1884) 9 App.Cas. 187
- Smith v Eric S. Bush, Harris* [1990] 1 A.C. 831
- Smith v Hughes* (1871) L.R. 6 Q.B. 597
- Smith v Kay* (1859) 7 H.L.C. 750
- Smith v Land and House Property Corp* (1884) 28 Ch.D. 7
- Société Commerciale de Réassurance v ERAS International Ltd* [1992] 1 Lloyd's
Rep. 570
- South Western General Property Co v Marton* (1982) 263 E.G. 2631
- Spence v Crawford* [1939] 3 All E.R. 271
- Spence v Shell* (1980) 256 E.G. 55
- Stevenson v Rogers* [1999] 1 All E.R. 613
- Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd* [1992] Q.B. 600
- Stickney v Keeble* [1915] A.C. 386
- Stocznia Gdanska SA v Latvian Shipping Co* [1998] 1 Lloyd's Rep. 609
- Strover v Harrington* [1988] Ch. 390
- Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen
Centrale* [1967] 1 A.C. 361
- Surzur Overseas Ltd v Ocean Reliance Shipping Co Ltd* [1997] C.L.Y. 906
- Swiss Bank Corp v Lloyds Bank Ltd* [1982] A.C. 584

- The Moorcock (1889) 14 P.D. 64
- The Sheffield Nickel and Silver Plating Co Ltd v Unwin (1877) 2 Q.B.D. 214
- The Yasuda Fire & Marine Insurance Co of Europe Ltd v Orion Marine Insurance Underwriting Agency Ltd and Orion Insurance Co plc [1995] 1 Lloyd's Rep. 525
- Thomas Hughes v The Directors, &C, of The Metropolitan Railway Company (1877) 2 App.Cas. 439
- Thomas Witter Ltd v TBP Industries Ltd [1996] 2 All E.R. 573
- Thompson v ASDA-MFI Group plc [1988] Ch. 241
- Thompson v London, Midland and Scottish Railway Company [1930] 1 K.B. 41
- Thompson v T Lohan (Plant Hire) Ltd [1987] 2 All E.R. 631
- Thomson v Weems (1884) 9 App.Cas. 671
- Toomey v Eagle Star Insurance Co Ltd [1995] 2 Lloyd's Rep. 88
- Tor Line AB v Alltrans Group of Canada Ltd (The "T.F.L. Prosperity") [1984] 1 Lloyd's Rep. 123
- Torvald Klaveness A/S v Arni Maritime Corporation (The "Gregos") [1995] 1 Lloyd's Rep. 1
- Total Gas Marketing Ltd v Arco British Ltd [1998] 2 Lloyd's Rep. 209
- Tradax Export SA v Dorada Compania Naviera SA (The "Lutetian") [1982] 2 Lloyd's Rep. 140
- Trans Trust S.P.R.L. v Danubian Trading Co Ld [1952] 2 Q.B. 297
- U.G.S. Finance Ltd v National Mortgage Bank of Greece and National Bank of Greece SA [1964] 1 Lloyd's Rep. 446
- Union Eagle Ltd v Golden Achievement Ltd [1997] 2 All E.R. 215
- United Dominions Trust (Commercial) Ltd v Eagle Aircraft Services Ltd [1968] 1 All E.R. 104
- United Dominions Trust Ltd v Beech, Savan, Tabner and Thompson [1972] 1 Lloyd's Rep. 546
- Urquhart v Macpherson (1878) 3 App.Cas. 831
- Vigers v Cook [1919] 2 K.B. 475
- Vigers v Pike (1842) 8 Cl. & F. 562
- Vitol SA v Norelf Ltd (The "Santa Clara") [1996] A.C. 800
- W.J. Alan & Co Ltd v El Nasr Export and Import Co [1972] 2 Q.B. 189
- Wake v Renault (UK) Ltd, The Times 1 August 1996

XXXVIII

Walker v Boyle [1982] 1 All E.R. 634

Wallis, Son & Wells v Pratt & Haynes [1910] 2 K.B. 1003

Wallis, Son & Wells v Pratt & Haynes [1911] A.C. 394

Watkins v Rymill (1883) 10 Q.B.D. 178

Wauton v Coppard [1889] 1 Ch. 92

Webster v Higgins [1948] 2 All E.R. 127

Western Bank of Scotland v Addie (1867) L.R. 1 Sc. & Div. 145

Westgate v Bracknell D.C. (1987) 19 H.L.R. 735

White v Blackmore [1972] 2 Q.B. 651

Whittington v Seale-Hayne (1900) 16 T.L.R. 181

Wibau Maschinenfabrik Hartmann SA v Mackinnon Mackenzie & Co (The "Chanda") [1989] 2 Lloyd's Rep. 494

William Sindall plc v Cambridgeshire County Council [1994] 3 All E.R. 932

Wilson v United Counties Bank Ltd [1920] A.C. 102

Windsor Refrigerator Co Ltd v Branch Nominees Ltd [1961] Ch. 88

With v O'Flanagan [1936] 1 All E.R. 727

Woodar Investment Development Ltd v Wimpey Construction UK Ltd [1980] 1 All E.R. 571

Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd SA v Nigerian Produce Marketing Co Ltd [1972] A.C. 741

Woolf v Collis Removal Service [1948] 1 K.B. 11

Xenos v Wickham (1866) L.R.H.L. 296

Yeoman Credit Ltd v Latter [1961] 2 All E.R. 294

Yeoman Credit Ltd v Waragowski [1961] 3 All E.R. 145

Yukong Line Ltd of Korea v Rendsburg Investments Corporation of Liberia [1996] 2 Lloyd's Rep. 604

Zahem International Construction Ltd v Nippon Kohan KK [1987] 2 Lloyd's Rep. 596