

25. Können beim Kauf eines Handelsgewerbes oder anderen Geschäftsbetriebes die Bestimmungen der §§ 459 ff. B.G.B. über die Gewährleistung von Fehlern analog angewendet werden?

II. Zivilsenat. Ur. v. 15. November 1907 i. S. E. (Bekl. u. Widerkl.)  
w. S. (Kl. u. Widerbekl.). Rep. II. 383/07.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Frage wurde bejaht aus den folgenden  
Gründen:

„Gegenstand der Veräußerung gegen einen Preis von 13600 *M* war ein Zimmervermietungsgeſchäft — eine Pension, in Hamburg anſcheinend „Pensionat“ genannt —, das in gemieteten Stockwerken betrieben wurde, mit Inventar. Ein ſolcher Geſchäftsbetrieb kann gleich einem Handelsgewerbe — fonds de commerce — zum Verkehrsgegenstande und veräußerlichen Lebensgute werden. Zwar iſt ein ſolches Lebensgut weder Sache noch Recht im Sinne des § 433 Abſ. 1 B.G.B. Auf ſeine Veräußerung gegen Entgelt finden indeß die allgemeinen Grundſätze über Kauf Anwendung. Das hat der erkennende Senat in ſeinem Urteile vom 13. März 1906 (Entsch. in Zivilf. Bd. 63 S. 57) ausgeſprochen. Die Beſtimmungen des Bürgerlichen Geſetzbuchs über Gewährleistung wegen Mängel (§§ 459 ff.) ſetzen nach ihrem Wortlaute Mängel einer körperlichen Sache voraus. In der vielerörterten Frage, ob jene Beſtimmungen auch auf den Kauf von Vermögens- und Verkehrsgegenständen der hier in Betracht kommenden Art, die nicht körperliche Sachen ſind, analog angewendet werden können, hat der erkennende Senat in dem bezogenen Urteile (Bd. 63 S. 57) den Standpunkt eingenommen, daß, wenn beim Kaufe eine Eigenschaft eines ſolchen Lebensgutes vertraglich zugeſichert iſt — in dem damals entſchiedenen Falle war beim Kauf eines

Handelsbetriebes die Höhe eines bestimmten Umsatzes und Ertrages in der Vergangenheit vertraglich zugesichert —, die Bestimmungen der §§ 463 flg. analog anzuwenden seien. An der dort ausgesprochenen Rechtsauffassung wird festgehalten. In jenem Urteile war dagegen die Frage unentschieden geblieben, ob beim Verkaufe solcher Lebensgüter — wie Handels- oder Geschäftsbetriebe — die Bestimmungen der §§ 459 flg. über Gewährleistung von Fehlern auch dann anzuwenden seien, wenn der verkaufte Geschäfts- oder Handelsbetrieb mit Fehlern behaftet ist, die seinen Wert oder seine Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern.

Soweit die Beklagte aus dem Mangel der vorausgesetzten Höhe der Ertragsfähigkeit des Pensionates die Einrede der Wandelung ableitet, wäre es nicht nötig, zu der erwähnten Rechtsfrage Stellung zu nehmen. Denn das Fehlen der bloß vorausgesetzten, nicht vertraglich zugesicherten Höhe des bisherigen Ertrages einer Sache oder eines Geschäftsbetriebes ist grundsätzlich überhaupt kein Fehler im Sinne des § 459 B.G.B., sowenig wie der Irrtum über die Höhe des Ertrages ein Irrtum über eine Eigenschaft der Kaufsache ist. Nur durch vertragliche Zusicherung (§ 463 B.G.B.) kann die Höhe des Ertrages in der Vergangenheit einer im Sinne des § 459 erheblichen Eigenschaft der Sache rechtlich gleichgestellt werden.

Die Beklagte hatte indes geltend gemacht, das ihr als „Pensionat“ verkaufte Geschäft sei unter der Führung von Seiten der Klägerin ein der Unzucht dienendes sog. „Absteigequartier“ gewesen. Soweit die Beklagte darin einen verborgenen Fehler des verkauften Geschäfts gefunden hat, der in analoger Anwendung der §§ 459 flg. sie zur Wandelung berechtige, hat das Berufungsgericht rechtsgrundsätzlich eine solche analoge Anwendung der Bestimmungen über Gewährleistung auf verborgene Fehler von Kaufgegenständen, die nicht körperliche Sachen sind, verneint. In seinen weiteren Ausführungen hat sich das Berufungsgericht mit der Frage beschäftigt, ob eine Auslegung des gegebenen Kaufvertrages nach den Erfordernissen von Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157 B.G.B.) etwa dazu führen könnte, die Beklagte für berechtigt zu erklären, das Geschäft zurückzugeben und so die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern. Seine unmittelbar folgenden Erwägungen ent-

halten sodann die Feststellung, daß das verkaufte Pensionat nicht als Absteigequartier beurteilt werden könne. Wären die letzteren Erwägungen prozessual einwandsfrei, so wäre festgestellt, daß das Pensionat den behaupteten Mangel überhaupt nicht hatte; das allein würde zureichen, die aus ihm abgeleitete Einrede der Wandelung zu beseitigen. Die Revision erhebt aber gegen die erwähnte Tatsachen- und Beweiswürdigung eine Reihe prozessualer Angriffe“, (die, wie näher ausgeführt wird, begründet sind). . . .

„Darum muß auf die Rechtsfrage eingegangen werden, ob überhaupt die analoge Anwendung der §§ 459 flg. B.G.B. zulässig ist, wenn das verkaufte Pensionat in Wirklichkeit den behaupteten Fehler hatte, daß es ein der Anzucht dienendes Absteigequartier war. Das Berufungsgericht hat mit ausführlicher Begründung eine solche analoge Anwendung der Bestimmungen über die Gewährleistung wegen Mängel der Sache verneint. Der erkennende Senat bejaht sie dagegen bei der hier gegebenen Sachlage.

Schon der Ausgang des Berufungsgerichts, die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gewährleistung wegen Mängel der Sache seien Ausnahmegesetzungen positiver Art für den Kauf körperlicher Sachen und ließen schon aus diesem Grunde keine analoge Anwendung auf den Kauf anderer Lebensgüter zu, gibt zu Bedenken Anlaß. Jene Auffassung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn für den Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der starre Grundsatz „caveat emptor“, der das alte deutsche Recht beherrscht hat und den Kauf nach englisch-amerikanischem Rechte noch jetzt im wesentlichen beherrscht, als Regel anerkannt wäre, und davon im Rahmen der §§ 459 flg. nur für den Kauf körperlicher Sachen Ausnahmegesetzungen gegeben wären. Eine solche Annahme ist indes ausgeschlossen. Die römischen Juristen hatten mit ihrem praktischen Blicke und Verständnisse für die Anforderungen des treugläubigen Verkehrs erkannt, daß dem Käufer, wenn der Kaufgegenstand an verkehrserheblichen verborgenen Mängeln leidet, über den Rahmen der *exceptio doli* hinaus besonderer Schutz zu gewähren sei. Diesem Grundgedanken sind die Vorschriften des ädilischen Ediktes entsprungen; auf ihm beruhte die ausdehnende Anwendung, die letzterem von den römischen Juristen gegeben wurde, und die sorgsame, die Interessen des Verkäufers und des Käufers weise abwägende Ausgestaltung der beiden ädilischen

Rechtsbehelfe — *actio redhibitoria* und *actio quanti minoris* —. Jener Grundgedanke des römischen Rechts wurde von der modernen Rechtsentwicklung aufgenommen und weiter ausgebildet. Dabei ist die neuere Rechtsentwicklung keineswegs bei seiner Anwendung auf körperliche Sachen aller Art stillgestanden; sie hat ihn auch auf den Verkauf anderer im Verkehr befindlicher Lebensgüter angewendet. So hat z. B. die französische Rechtsprechung nie Bedenken getragen, auf Mängel eines verkauften Geschäftsbetriebes — *fonds de commerce* — die Bestimmungen des Code civil über Gewährleistung wegen Mängel anzuwenden. Jenen leitenden Grundgedanken hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen. Ausdrücklich geregelt ist zwar nur die Gewährleistung wegen Mängel körperlicher Sachen. Daß vom Berufungsgericht in erster Reihe erhobene Bedenken steht indes einer analogen Anwendung seiner Bestimmungen auf den Kauf anderer Lebensgüter der hier fraglichen Art, die nicht körperliche Sachen sind, keinesfalls entgegen. Gleiches gilt auch von den anderen Bedenken, daß die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in §§ 459 flg. nur auf den Kauf körperlicher Sachen passen, und daß berechnigte Interessen der Verkehrssicherheit gegen deren analoge Anwendung auf Käufe der hier fraglichen Art sprechen. Die Bedeutung der gesetzlichen Regelung der Gewährleistungsansprüche liegt gerade darin, den durch einen verborgenen Mangel des Kaufgegenstandes geschaffenen Interessentkonflikt zwischen Käufer und Verkäufer durch positive Bestimmungen zu lösen. An die Stelle schwankender, von der Auffassung des Augenblicks abhängiger Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsſitte oder einer durch künstliche Auslegung erst zu gewinnenden stillschweigenden Vereinbarung eines Rücktrittsrechts, einer stillschweigenden Bedingung des Fehlens eines solchen Mangels sind im Interesse der Rechts- und Verkehrssicherheit dem Käufer die Rechtsbehelfe positiv geregelt, die ihm zur Lösung jenes Konfliktes gegeben sind. Ihre Regelung ist dabei weniger davon bestimmt, daß Kaufgegenstand eine körperliche Sache ist, als davon, zwischen den widerstreitenden Interessen des Käufers und Verkäufers einen billigen, dem treugläubigen Verkehr entsprechenden Ausgleich zu schaffen. Daß aber auch Verkehrsgegenstände der hier fraglichen Art — Handelsgeschäfte, andere Geschäftsbetriebe — an verborgenen Mängeln leiden können, deren Vor-

handensein den gleichen Schutz des Käufers verlangt, den beim Kaufe körperlicher Sachen die §§ 459 flg. B.G.B. dem Käufer gewähren, wird durch den vorliegenden Fall am besten dargetan. Es wäre ein recht wenig befriedigendes Ergebnis, den Käufer eines Zimmervermietungsgeschäfts — einer Pension, die in Wirklichkeit ein der Unzucht dienendes Absteigequartier ist — lediglich auf den zweifelhaften Schutz des § 157 B.G.B. oder einer schwer zu beweisenden arglistigen Täuschung zu verweisen. Allerdings wird die Entscheidung der Frage, was als Mangel eines Handelsgeschäftes, eines anderen Geschäftsbetriebes angesehen werden kann, der die analoge Anwendung der §§ 459 flg. rechtfertigt, zurückhaltende Mäßigung erfordern. Nach dieser Richtung verdienen die Ausführungen des Berufungsgerichts, daß eine schrankenlose analoge Anwendung der §§ 459 flg. die Stellung des Verkäufers allzusehr erschweren könnte, volle Beachtung. Indes kann es für den hier gegebenen Fall keinem Bedenken unterliegen, daß grundsätzlich, soweit nicht aus dem Inhalt des Vertrags oder den begleitenden Umständen sich ein anderes ergibt, eine verkaufte Pension, die in Wirklichkeit ein der Unzucht dienendes Absteigequartier ist, an einem Mangel leidet, der die analoge Anwendung der §§ 459 flg. zuläßt.“ . . .