

SCHULDRECHTSREFORM

Unternehmenskauf – Rechtsfolgen eines selbstständigen Garantiever sprechens nach der Reform

Rechtsanwalt Dr. Mark C. Hilgard und Rechtsreferendar Jan Kraayvanger

Das BGB ist insbesondere hinsichtlich seiner kaufvertraglichen Vorschriften grundlegend reformiert worden.¹ Einige Neuerungen, wie etwa die Verlängerung der Gewährleistungsfrist, gehen zurück auf die Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf und machen sich im täglichen Leben sofort bemerkbar. Die Reform des Kaufrechts ist jedoch über eine Anpassung an die Verbrauchsgüterrichtlinie weit hinausgegangen; das System vertraglicher Rechte und Pflichten wird auf eine neue Grundlage gestellt. Insbesondere eine Vorschrift bereitet den im Recht des Unternehmenskaufs tätigen Anwälten Kopfzerbrechen: § 444 Alt. 2 BGB. Nach dieser Vorschrift kann sich der Verkäufer auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, nicht berufen, wenn der Verkäufer eine „Garantie für die Beschaffenheit der Sache“ übernommen hat.

I. Einführung in die Problematik

Bislang war es Gang und Gäbe, bei einem Unternehmenskauf die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften (§§ 459 ff. BGB a. F.)² auszuschließen und stattdessen selbstständige Garantiever sprechen (i. S. d. § 305 BGB a. F., nunmehr § 311 I BGB) abzugeben, deren Umfang und Rechtsfolgen bis ins Einzelne zwischen Verkäufer und Käufer ausgehandelt wurden.³ Für große Verunsicherung sorgte die Warnung einiger Anwälte, diese Art der Vertragsgestaltung sei mit der Neuregelung des § 444 Alt. 2 BGB nicht mehr vereinbar. Die Abgabe einer selbstständigen Garantie nach § 311 I BGB für Umstände, die eine Beschaffenheit des Unternehmens darstellen, könne nämlich nach neuem Recht dazu führen, dass der von allen Parteien bezweckte Ausschluss der gesetzlichen Gewährleistungsrechte gem. § 437 BGB unwirksam sei.⁴ Eine solche Rechtsfolge wäre gerade im Recht des Unternehmenskaufes für einen Verkäufer völlig unakzeptabel. Die Vorstellung, dass der Käufer bei einer unzutreffenden Garantie im Falle einer Vertragsverletzung vom Vertrag zurücktreten und ihm – vielleicht Jahre später – das Unternehmen „zurückgeben“ könnte, ist für jeden Verkäufer ein Albtraum, da sich ein Unternehmen ständig verändert und daher vielleicht schon nach kurzer Zeit nicht mehr wieder zu erkennen ist.⁵ Träfe es zu, dass die Abgabe von Garantien für Beschaffenheitsangaben dem Käufer die Möglichkeit einer Rückgabe des Unternehmens eröffnete, wäre die allgemein erwartete Welle von Unternehmensverkäufen jäh gebrochen,⁶ da sich doch nur wenige Verkäufer auf eine solche für sie unberechenbare Konsequenz einlassen werden. In der Tat sind den Verfassern aus der eigenen Praxis Fälle bekannt, in denen sich die Verkäufer zur Vermeidung des Rücktrittsrisikos nach dem 1.1.2002 unter Hinweis auf die neue Rechtslage weigerten, überhaupt irgendeine vertragliche Einstandspflicht zu übernehmen, die auch nur annähernd als Garantie hätte ausgelegt werden können. Dass die interessierten Käufer die Unternehmen nicht „wie besehen“ kaufen wollten und die in Rede stehenden Unternehmenskäufe daher nicht zustande kamen, ist nicht weiter verwunderlich. Es ist absehbar, dass diese Beispiele aus der täglichen Bera-

tungspraxis keine Einzelfälle bleiben werden. Der volkswirtschaftliche Schaden durch die missverständliche Regelung des § 444 Alt. 2 BGB könnte immens werden. Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich damit, ob die Warnungen ernst zu nehmen sind: Muss der Verkäufer bei Abgabe einer selbstständigen Beschaffenheitsgarantie fürchten, dass er nicht nur gemäß dieser Garantie haftet, sondern darüber hinaus auch zwingend nach dem gesetzlichen Gewährleistungsrecht? Kann er den Rücktritt des Käufers tatsächlich nicht mehr wirksam ausschließen?

II. Auslegung des § 444 Alt. 2 BGB

§ 444 Alt. 2 BGB besagt, dass sich der Verkäufer auf eine Vereinbarung, durch die die gesetzlichen Gewährleistungsrechte des Käufers ausgeschlossen oder beschränkt werden, nicht berufen kann, wenn er eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Somit stellen sich zwei Fragen: Zum einen, was unter „Beschaffenheit“ i. S. d. § 444 BGB zu verstehen ist und zum anderen, wann eine solche Beschaffenheit „garantiert“ wird.

III. Der Begriff der Beschaffenheit

Der Begriff der Beschaffenheit ist neu in das Gesetz aufgenommen worden. Gemäß § 434 I 1 BGB ist eine gekaufte Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Der Gesetzgeber knüpft demnach an den subjektiven Fehlerbegriff an⁶, wonach ein Sachmangel dann vorliegt, wenn die Ist-Beschaffenheit der Sache zum Nachteil des Verkäufers von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit abweicht. Dieser Fehlerbegriff entspricht der bisherigen h. M.⁷ zu § 459 I BGB a. F. Nach allgemeiner Auffassung umfasste der Begriff der Beschaffenheit nach altem Recht alle körperlichen, physikalischen Eigenschaften einer Sache, sowie alle dauerhaften, tatsächlichen, rechtlichen, sozialen und wirtschaftlichen Beziehungen der Sache zur

▷ Die Autoren sind in der Kanzlei Mayer, Brown, Rowe & Maw Gerdert in Frankfurt/M. tätig.

1 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26. 11. 2001, BGBl. I, 3138.

2 Zur Anwendbarkeit des § 459 ff. BGB a. F. auf den Unternehmenskauf vgl. BGH NJW 1970, 653 (655); NJW 1977, 1538 f., BGHZ 65, 246 (251 f.) = MDR 1976, 211; ZIP 2001, 918 f.; Canaris, Handelsrecht, 23. Aufl. 2000, § 8; Semler/Volhard, Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahme, Bd. 1, 2001, § 9; Wolny, Unternehmens- und Praxisübertragungen, 4. Aufl. 1996, 249 ff.; Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 10. Aufl. 2001, Rz. 400.

3 Vgl. Semler/Volhard, Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahme, Bd. 1, 2001, § 9 Rz. 39.

4 Schubert in Financial Times Deutschland v. 8. 1. 2002, Nr. 5/2, S. 30: „Mit dem neuen Schuldrecht drohen Verkäufern von Unternehmen erhebliche Haftungsrisiken“; Handelsblatt v. 2. 1. 2002, Nr. 1, S. R2: „BGB-Reform schafft Irritationen beim Firmenkauf“.

5 Vgl. dazu etwa Semler in Hölters, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 5. Aufl. 2002, Teil VI Rz. 162.

6 So auch Haas, BB 2001, 1313 f.; Boerner, ZIP 2001, 2265 f.; Westermann, NJW 2002, 241 (243).

7 Palandt/Putzo, BGB, 61. Aufl. 2002, § 459 Rz. 8; Erman/Grune-wald, BGB, 10. Aufl. 2000, § 459 Rz. 1; Westermann in Münch-KommBGB, 3. Aufl. 1995, § 459 Rz. 8; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, § 459 Rz. 20; Staudinger/Honsell, BGB, 13. Aufl. 1995, § 459 Rz. 18.

Unternehmenskauf – Rechtsfolgen eines selbständigen Garantieverprechens nach der Reform

Umwelt, die nach der Verkehrsauffassung Wert und Brauchbarkeit der Kaufsache unmittelbar beeinflussen und der Sache „ohne weiteres“ oder „als solcher“ anhaften.⁸

Der Begriff der „Eigenschaft“ i. S. d. § 459 II BGB a. F. wurde hingegen von der Rechtsprechung zum Teil insofern etwas weiter gefasst, als hierunter sowohl Beschaffenheitsmerkmale fielen als auch solche Umstände und Verhältnisse, welche sich auf die Sache bezogen, ohne ihr „ohne weiteres“ oder „als solcher“ innewohnen.⁹ Diese (von der ganz herrschenden Lehre angegriffene) Differenzierung zwischen Beschaffenheit und Eigenschaft hatte für den Unternehmenskauf die Konsequenz, dass etwa Angaben des Verkäufers über die Höhe der Verbindlichkeiten seines Unternehmens, dessen Ertragsfähigkeit und Ruf zwar als zusicherungsfähige Eigenschaften i. S. d. § 459 II BGB a. F., nicht jedoch als Beschaffenheitsmerkmale i. S. d. § 459 I BGB a. F. angesehen wurden. Auch Umsatz und Ertrag konnten zumindest wenn sie für einen mehrjährigen Zeitraum angegeben wurden Eigenschaften, nicht jedoch Beschaffenheitsangaben sein.¹⁰ Sonstige Umstände, welche ihren Grund „außerhalb der Kaufsache“ hatten, fielen hingegen sowohl nach der Rechtsprechung als auch nach Literaturmeinung weder unter den Begriff der Beschaffenheit noch unter den der Eigenschaft.¹¹

Durch diese restriktive Auslegung der Begriffe der Beschaffenheit und der Eigenschaft drängte die Rechtsprechung den Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts im Unternehmenskauf zugunsten des flexibleren und interessengerechteren Instituts der culpa in contrahendo zurück.¹²

Das neue Recht kennt die Unterscheidung zwischen Beschaffenheit und Eigenschaft nicht mehr. Die Begründung des Gesetzgebers lässt ausdrücklich offen, ob der Begriff der Beschaffenheit i. S. d. § 434 BGB nur Umstände umfasst, welche der Kaufsache unmittelbar phy-

sich anhaften, oder ob auch Umstände einen Sachmangel nach § 434 BGBI begründen können, die außerhalb der Sache selbst liegen.¹³ Nach Ansicht des Gesetzgebers verliert die bisherige Rechtsprechung durch die Einbeziehung der Sachmängelhaftung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht (mit der Folge einer weitgehenden Übereinstimmung in den Rechtsfolgen) sowie durch die Neuregelung des Verjährungsrechts einen Großteil ihrer Bedeutung.¹⁴ In der Tat erscheint das Bestreben der Gerichte, die Gewährleistungsvorschriften zugunsten einer Haftung nach c.i.c.¹⁵ zurückzudrängen, nach neuem Recht weniger dringlich¹⁶: Zum einen ist die Berechnung der Minderung erleichtert und der Lauf der Gewährleistungsfristen (§ 438 BGB) erheblich verlängert worden, so dass der Käufer die kurze 6-Monats-Frist des § 477 BGB a. F. nicht mehr fürchten muss. Zum anderen sind nunmehr sowohl die Haftung auf Schadensersatz gem. § 437 Nr. 3 BGB als auch die nach c.i.c. in einer einheitlichen Anspruchsgrundlage, nämlich § 280 I BGB geregelt. Der Schadensersatzanspruch nach § 437 Nr. 3 BGB knüpft – genau wie der aus c.i.c. – an das Verschulden an. Insbesondere kann nach neuem Recht der Verkäufer auch bei Fahrlässigkeit auf Schadensersatz haften. Damit ist die Gewährleistungshaftung erheblich an die Haftungsgrundsätze der c.i.c. angenähert. Es ist also möglich, dass der Begriff der Beschaffenheit i. S. d. § 434 BGB in Zukunft von den Gerichten weiter ausgelegt werden wird, als es bisher unter § 459 BGB a. F. der Fall war.

IV. Der Begriff der Garantie i. S. d. § 444 BGB

Das bisherige Recht differenzierte zwischen drei Arten von Garantien: der zugesicherten Eigenschaft¹⁷, dem unselbstständigen Garantieverprechen, wonach der Verkäufer nicht nur bei Gefahrübergang, sondern während der gesamten Garantiefrist für die Mangelfreiheit einsteht¹⁸ und dem selbstständigen Garantieverprechen, in welchem sich der Verkäufer verpflichtet, über die gesetzliche Gewährleistung hinaus für das Fehlen bzw. Vorhandensein bestimmter Umstände verschuldensunabhängig einzustehen.¹⁹

Die Zusicherung findet sich nunmehr als Garantie i. S. d. § 276 I 1 BGB wieder.²⁰ Wie der Regierungsentwurf²¹ klarstellt, ist im Kaufrecht keineswegs die Haftung für zugesicherte Eigenschaften abgeschafft, sondern vielmehr an anderer, besser passender Stelle geregelt.²² Da für die Zukunft nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Rechtsprechung den Begriff der Beschaffenheit i. S. d. § 434 BGB weiter als bisher auslegen, also insbesondere hierunter auch Umstände außerhalb des Kaufobjekts, wie zum Beispiel die Höhe des Umsatzes subsumieren wird, stellt sich die Frage, was unter einer „Garantie für die Beschaffenheit“ i. S. d. § 444 BGB zu verstehen ist, mit um so größerer Schärfe. Sollten nämlich hierunter nach neuem Recht auch selbstständige Garantieverprechen fallen, welche bislang unter § 305 BGB a. F. subsumiert wurden, so hätte dies in der Tat die Konsequenz, dass beim Unternehmenskauf jede vom Verkäufer garantierte Beschaffenheit zwingend eine Haftung nach § 437 BGB nach sich zöge.

1. Wortlaut und systematischer Zusammenhang des § 444 Alt. 2 BGB

Der Wortlaut des § 444 Alt. 2 BGB ist für die Auslegung der Beschaffenheitsgarantie wenig ergiebig. Der Begriff der „Garantie“ wurde in der Vergangenheit sowohl für zugesicherte Eigenschaften, als auch für selbstständige und unselbstständige Garantieverprechen verwendet²³, so dass allein aus dem Wortlaut des § 444 Alt. 2 BGB nicht auf eine bestimmte Garantieart geschlossen werden kann.

8 Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, § 459 Rz. 24 ff.

9 Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, § 459 Rz. 39.

10 Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, § 459 Rz. 39; BGH NJW 1970, 653 (655); NJW 1977, 1536 f.; v. 28. 3. 1990 – VIII 169/89, MDR 1990, 912 = NJW 1990, 1659 f.; v. 8. 12. 1995 – VIII ZR 8/94, MDR 1995, 682 = NJW 1995, 1547 f.; Palandt/Putzo, BGB, 61. Aufl. 2002, vor § 459 Rz. 15; Staudinger/Honsell, BGB, 13. Aufl., 1995, vor § 459 Rz. 61 ff.; Übersichten über die Rspr. geben Raschmann, ZIP 1998, 1941 und Zimmer, NJW 1997, 2345.

11 Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, § 459 Rz. 39.

12 Picot, Kauf und Restrukturierung von Unternehmen, 1995, Rz. A 74; Semler in Hölters, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaus, 5. Aufl. 2002, Teil VI Rz. 167; Canaris, Handelsrecht, 23. Aufl. 2000, § 8 Rz. 29 ff.; kritisch Westermann in MünchKommBGB, 3. Aufl. 1995, § 459 Rz. 47 f.

13 Reg. Begr. zu § 434 BGB-RE, BT-Drucks. 14/6040, 213.

14 Reg. Begr. zu § 434 BGB-RE, BT-Drucks. 14/6040, 213; Reg. Begr. zu § 453 Abs. 1 BGB-RE BT-Drucks. 14/6040, 242.

15 Welche nun in § 311 II BGB normiert ist.

16 So auch Semler in Hölters, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaus, 5. Aufl. 2002, Teil VI Rz. 167; Graf v. Westphalen in Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2001, Teil 5 § 434-Rz. 66.

17 Staudinger/Honsell, BGB, 13. Aufl. 1995, § 459 Rz. 124 ff.

18 Staudinger/Honsell, BGB, 13. Aufl. 1995, § 459 Rz. 175.

19 Staudinger/Honsell, BGB, 13. Aufl. 1995, § 459 Rz. 170 ff.

20 Vgl. Daumer-Lieb/Thiessen, ZIP 2002, 108 (112); Dedek in Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2001, Teil 3, § 276 Rz. 5.

21 Reg. Begr. zu § 276 I 1 BGB-RE, BT-Drucks. 14/6040, 132.

22 Reg. Begr. zu § 276 I 1 BGB-RE, BT-Drucks. 14/6040, 132; Haas, BB 2001, 1313 (1317); Westermann, NJW 2002, 241 (247).

23 Graf v. Westphalen in Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2001, Teil 5 § 443 Rz. 4; Westermann in MünchKommBGB, 3. Aufl. 1995, § 459 Rz. 96; BGH BB 1975, 1507 f.; WM 1977, 365 f.; v. 12. 3. 1986 – VIII ZR 332/84, MDR 1986, 749 = NJW 1986, 1927 f.

Unternehmenskauf – Rechtsfolgen eines selbständigen Garantievernehmens nach der Reform

Mehr Aufschluss scheint ein Blick in § 443 I BGB zu versprechen, denn auch hier findet sich der Begriff der „Garantie für die Beschaffenheit der Sache“. Die Vermutung liegt nahe, dass beide Vorschriften denselben Garantietypus zum Gegenstand haben. § 443 I BGB differenziert zwischen Haltbarkeits- und Beschaffenheitsgarantie. Die Haltbarkeitsgarantie entspricht dem bisherigen unselbstständigen Garantieverprechen: Der Verkäufer sichert zu, dass die Sache für eine bestimmte Zeit nach Gefahrübergang keinen Fehler aufweisen wird, oder, wie nunmehr § 443 I Alt. 2 BGB positiv formuliert, die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit behält.²⁴ Daraus folgt, dass die Beschaffenheitsgarantie jedenfalls kein unselbstständiges Garantieverprechen ist, da sonst dieser Form der Garantie neben der Haltbarkeitsgarantie kein Anwendungsbereich bliebe.²⁵

Denkbar ist jedoch, dass sich die Beschaffenheitsgarantie i. S. d. § 443 I BGB auf eine Beschaffenheitsvereinbarung i. S. d. § 434 I BGB bezieht und für diese die verschuldensunabhängige Garantiehaftung des § 276 I 1 BGB auflöst. Dann entspräche die Beschaffenheitsgarantie weitgehend dem bisherigen Begriff der Eigenschaftszusicherung. Hiergegen spricht jedoch, dass eine solche Haftung für eine „Beschaffenheitszusicherung“ bereits aus §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 276 I 1, 311 a BGB folgt, so dass es der zusätzlichen Regelung des § 443 I BGB nicht bedürfte. Nach der Konzeption des § 443 I BGB ergeben sich die Rechtsfolgen einer Beschaffenheitsgarantie i. S. d. § 443 I BGB aus dieser selbst. Die Rechtsfolgen einer Garantie i. S. d. § 276 I 1 BGB ergeben sich hingegen aus dem Gesetz. Folglich ist anzunehmen, dass es sich bei den Garantien i. S. d. § 443 I BGB und § 276 I 1 BGB um verschiedene Rechtsinstitute handelt.

Im Übrigen bestimmt § 443 I BGB, dass die Rechte aus der Garantie die gesetzlichen Gewährleistungsrechte „unbeschadet“ lassen. Auch dies spricht für die Annahme, dass eine Garantie i. S. d. § 443 I BGB ein eigenständiges Haftungsregime begründet, welches unabhängig von der die gesetzliche Gewährleistung auslösende Garantie i. S. d. § 276 I 1 BGB besteht und strikt von dieser zu trennen ist.²⁶

Weiterhin spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 443 I BGB gegen eine Auslegung der Beschaffenheitsgarantie als Garantie i. S. d. § 276 I 1 BGB: Nach dem Willen des Bundesrats sollte § 443 I BGB-E zum einen ein vom Verkäufer oder einem Dritten abgegebenes unselbstständiges Garantieverprechen (sog. „Haltbarkeitsgarantie“), sowie zum anderen die Garantie für die Beschaffenheit einer Sache durch einen Dritten erfassen. Eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache durch den Verkäufer sollte hingegen § 443 I BGB-E nicht regeln. Der Bundesrat begründete dies damit, dass die Beschaffenheitsgarantie des Verkäufers eine Beschaffenheitsvereinbarung i. S. d. § 434 I BGB-E sei, welche über §§ 437 Nr. 3, 276 I 1 BGB-E eine verschuldensunabhängige Schadenersatzhaftung auslöse und daher keiner zusätzlichen Regelung bedürfe.²⁷ Die Bundesregierung lehnte jedoch eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 443 I BGB auf Garantien für die Beschaffenheitsangaben Dritter ab. § 443 I BGB müsse auch Beschaffenheitsgarantien des Verkäufers erfassen. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Einschränkung sei mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht zu vereinbaren. § 443 I BGB müsse auch gelten, wenn der Verkäufer eine über eine bloße Garantie i. S. d. § 276 I 1 BGB hinausgehende Garantie für die Beschaffenheit bei Gefahrübergang übernehme, etwa um die Käuferrechte zu erweitern.²⁸ Als Beispiel nannte die Bundesregierung eine Vereinbarung, wonach der Verkäufer einer Maschine diese durch ein ande-

res Modell ersetzen müsse, wenn sie eine bestimmte Aufgabe nicht bewältige.²⁹ Der Rechtsausschuss des Bundestags schloss sich in seiner Beschlussempfehlung zu § 443 BGB dieser Argumentation an.³⁰ Damit geht auch nach dem Willen des Gesetzgebers die Garantie für eine Beschaffenheit der Sache i. S. d. § 443 I BGB über eine Garantie i. S. d. § 276 I 1 BGB hinaus. Eine über die gesetzliche Gewährleistung hinausreichende Garantie stellt jedoch ein selbstständiges Garantieverprechen dar. § 443 I BGB erfasst damit neben dem unselbstständigen Garantieverprechen, der sog. Haltbarkeitsgarantie, auch das selbstständige Garantieverprechen, soweit es sich auf Beschaffenheitsmerkmale bezieht.³¹

Es liegt folglich unter systematischen Gesichtspunkten die Vermutung nahe, dass auch § 444 Alt. 2 BGB selbstständige Garantieverprechen erfasst – mit all den Rechtsfolgen, die der Verkäufer eines Unternehmens zu Recht fürchtet.

2. Die Entstehungsgeschichte des § 444 Alt. 2 BGB

Der Regierungsentwurf zu §§ 442, 444 BGB enthielt die Formulierung „Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft“ anstatt „Garantie für die Beschaffenheit“.³² Die Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft entsprach nach Ansicht der Bundesregierung dem bisherigen Begriff der zugesicherten Eigenschaft und hatte damit einen anderen als den gerade dargestellten Inhalt einer Garantie i. S. d. § 443 I BGB-RE.³³ Der Wechsel in der Terminologie von „Zusicherung“ auf „Garantie“ wurde damit begründet, dass inhaltlich die Zusicherung einer Eigenschaft die Übernahme einer Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft bedeute, verbunden mit dem Versprechen, für alle Folgen ihres Fehlens (ohne weiteres Verschulden) einzustehen. Daher sollten nunmehr auch die §§ 442 I und 444 BGB-RE auf die Übernahme einer Garantie abstellen.³⁴ In der Sache zweckte der Fraktionsentwurf des § 444 BGB die Zusammenfassung der bisherigen §§ 443, 476 BGB a. F. und § 11 Nr. 11 AGBG. Eine Garantie i. S. dieser Vorschrift meine inhaltlich die im bisherigen Recht erwähnte Zusicherung einer Eigenschaft.³⁵

24 *Graf v. Westphalen* in Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2001, Teil 5 § 443 Rz. 44.

25 So auch *Graf v. Westphalen* in Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2001, Teil 5 § 443 Rz. 1 ff.; a. A. *Amann/Brambring/Hertel*, Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis, 2002, S. 330 unter Hinweis auf Reg.Begr. zu § 443 BGB-RE, BT-Drucks. 14/6040, 237 f.: § 443 BGB beziehe sich nur auf unselbstständige Garantieverprechen. Dem ist entgegenzuhalten, dass § 443 BGB-RE, welcher nicht zwischen Beschaffenheitsgarantie und Haltbarkeitsgarantie differenzierte, zwar in der Tat nur die Haltbarkeitsgarantie erfassen sollte, im weiteren Gesetzgebungsverfahren diese Position jedoch durch die ausdrückliche Nennung der Beschaffenheitsgarantie neben der Haltbarkeitsgarantie aufgegeben wurde.

26 *Graf v. Westphalen* in Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2001, Teil 5, § 443 Rz. 26.

27 BR.Begr. zu § 443 BGB-E, BT-Drucks. 14/6857, 28.

28 Stellungnahme der BReg. zu § 443 BGB, BT-Drucks. 14/6857, 61.

29 Stellungnahme der BReg. zu § 443 BGB, BT-Drucks. 14/6857, 61.

30 Beschlussempfehlung nebst Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) des Deutschen Bundestages v. 9.10.2000, BT-Drucks. 14/7052, Begründung der Beschlussempfehlung zu § 443, S. 197.

31 So auch *Westermann*, NJW 2002, 241 (248); *Graf v. Westphalen* in Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2001, Teil 5 § 443 Rz. 25 ff.; a. A. *Amann/Brambring/Hertel*, Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis, 2002, S. 330; *Dauner-Lieb/Thiesen*, ZIP 2002, 108 (111).

32 Reg.Begr. zu § 442 BGB-RE, BT-Drucks. 14/6040, 20; Reg.Begr. zu § 444 BGB-RE, BT-Drucks. 14/6040, 20.

33 Reg.Begr. zu § 442 I 2 BGB-RE, BT-Drucks. 14/6040, 236.

34 Reg.Begr. zu § 276 I 1 BGB-RE, BT-Drucks. 14/6040, 132.

35 Reg.Begr. zu § 444 BGB-RE, BT-Drucks. 14/6040, 240.

Unternehmenskauf – Rechtsfolgen eines selbständigen Garantievernehmens nach der Reform

Weiterhin führte die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Fraktionsentwurf zu § 276 BGB aus, die Übernahme einer (selbstständigen) Garantie besage nicht zwingend, dass der Schuldner auch uneingeschränkt verschärft haften. Er habe vielmehr auch die Möglichkeit, diese verschärfte Haftung einzuschränken, denn ein Zwang zur Übernahme einer solchen Haftung bestehe nicht.³⁶ Oft ermögliche erst eine Beschränkung, eine Garantie zu gewähren. Würden dem Käufer für den Garantiefall durch Gesetz alle Rechtsbehelfe der Sachmängelhaftung zugebilligt, könne das die unerwünschte Folge haben, dass Verkäufer in Zukunft seltener Garantieverklärungen abgaben³⁷ – eine Einschätzung, die sich angesichts der Auslegungsschwierigkeiten gegenwärtig leider allzu oft bestätigt.

Aus diesen Ausführungen des Gesetzgebers lässt sich entnehmen, dass er das selbstständige Garantieverprechen in § 444 Alt. 2 BGB gerade nicht einbeziehen wollte.³⁸ Der Begriff der Garantie für die Beschaffenheit der Sache i. S. d. § 444 Alt. 2 BGB sollte vielmehr (weitgehend) mit dem bisherigen Begriff der Zusicherung einer Eigenschaft identisch sein. Insbesondere der Hinweis auf § 11 Nr. 11 AGBG in der Regierungsbegründung verdeutlicht, dass der Gesetzgeber mit § 444 Alt. 2 BGB lediglich das dort vorgesehene Verbot des Gewährleistungsausschlusses bei zugesicherten Eigenschaften auf Individualverträge erweitern wollte. Ein darüber hinaus gehendes Verbot des Gewährleistungsausschlusses war hingegen nicht bezweckt.³⁹

3. Sinn und Zweck der Regelung

Erfasste § 444 Alt. 2 BGB selbstständige Garantieverprechen, würde die freiwillige Abgabe einer Garantie das gesetzliche Gewährleistungsrecht zwingend vorschreiben.⁴⁰ Dies würde dazu führen, dass ein Verkäufer gemäß dem Prinzip „alles oder nichts“ einerseits sämtliche Gewährleistungsrechte ausschließen könnte, sofern er nur darauf achtete, keine Garantien abzugeben, andererseits aber das Gewährleistungsrecht – und damit z. B. auch das Recht auf Rücktritt nicht abbedingen könnte, wenn er bereit wäre, ein selbstständiges Garantieverprechen abzugeben.⁴¹

36 Beschlussempfehlung nebst Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) des Deutschen Bundestages v. 9. 10. 2001 (BT-Drucks. 14/7052), Begründung der Beschlussempfehlung zu § 276 I, S. 184.

37 Reg. Begr. zu § 443 BGB-RE, BT-Drucks. 14/6040, 239.

38 So auch *Dauner-Lieb/Thiessen*, ZIP 2002, 108 (114).

39 So im Ergebnis auch *Dauner-Lieb*, FAZ v. 8. 12. 2001/Nr. 286, S. 21: „BGB-Reform schafft Unklarheiten bei Garantien“.

40 *Dauner-Lieb* in FAZ v. 8. Dezember 2001/Nr. 286, S. 21: „BGB-Reform schafft Unklarheiten bei Garantien“.

41 Dieses „alles oder nichts“-Prinzip führte regelmäßig zu einem Scheitern des Unternehmenskaufes, vgl. oben I.

42 So auch *Dauner-Lieb/Thiessen*, ZIP 2002, 108 (110 f.); *Graf v. Westphalen* in *Henssler/Graf v. Westphalen*, Praxis der Schuldrechtsreform, 2001, Teil 5, § 444 Rz. 12; *Dedek* in *Henssler/Graf v. Westphalen*, Praxis der Schuldrechtsreform, 2001, Teil 3, § 276 Rz. 5.

43 Vgl. *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl. 1991, § 459 Rz. 204; *Westermann* in *MünchKomm/BGB*, 3. Aufl. 1995, § 459 Rz. 96; *Erman/Grünwald*, BGB, 10. Aufl. 2000, vor § 459 Rz. 55 ff.; *Staudinger/Honsehl*, BGB, 13. Aufl. 1995, § 459 Rz. 172 ff.

44 Man denke etwa an die zukünftige Bebaubarkeit eines Grundstücks.

45 *Erman/Grünwald*, BGB, 10. Aufl. 2000, vor § 459 Rz. 57.

46 *Westermann* in *MünchKomm/BGB*, 3. Aufl. 1995, § 459 Rz. 97.

47 BGH WM 1977, 365 f.

48 BGHZ 65, 246 (252) = MDR 1976, 308.

49 *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl. 1991, § 459 Rz. 205.

50 *Semler* in *Hölters*, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufes, 5. Aufl. 2002, Teil VI Rz. 177; *Picot*, Kauf und Restrukturierung von Unternehmen, 1995, Rz. A 86; *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 10. Aufl. 2001, Rz. 462, 491; *Wollny*, Unternehmens- und Praxisübertragungen, 4. Aufl. 1996, Rz. 981 ff.

Es wäre eine widersinnige Beschränkung der Privatautonomie, wenn der Verkäufer Umfang und Rechtsfolgen eines selbstständigen Garantievernehmens einerseits frei wählen könnte, wie § 443 I BGB klarstellt und andererseits dasselbe Garantieverprechen zwingend die Unabdingbarkeit der gesetzlichen Gewährleistungsrechte bewirkte.

Die Abgabe eines selbstständigen Garantievernehmens stand bislang unabhängig neben der gesetzlichen Gewährleistung und beeinflusste diese nicht. Ein praktisches Bedürfnis, diese Unabhängigkeit aufzugeben und damit dem selbstständigen Garantieverprechen seine „Selbstständigkeit“ zu nehmen, ist nicht erkennbar. Im Gegenteil: auch § 443 BGB bestimmt, dass selbstständiges Garantieverprechen und gesetzliches Gewährleistungsrecht „unbeschadet“ nebeneinander stehen. Trotz schwerer systematischer Bedenken ist § 444 Alt. 2 BGB daher so auszulegen, dass § 444 Alt. 2 BGB sich nicht auf Beschaffenheitsgarantien i. S. d. § 443 I BGB bezieht, sondern ausschließlich auf Beschaffenheitsvereinbarungen i. S. d. § 434 I BGB, welche die Garantiehaftung des § 276 I BGB auslösen.⁴²

V. Abgrenzung der Beschaffenheitsgarantie i. S. d. § 444 Alt. 2 BGB zum selbstständigen Garantieverprechen

Festzuhalten bleibt, dass § 444 Alt. 2 BGB nur Garantien i. S. d. § 276 I 1 BGB erfasst, nicht hingegen selbstständige Garantieverprechen. Wie können diese beiden Garantietypen voneinander abgegrenzt werden?

1. Abgrenzung zwischen Zusicherung und selbstständigem Garantieverprechen nach bisherigem Recht

Schon nach bisherigem Recht wurde zwischen Zusicherung und selbstständigem Garantieverprechen unterschieden, so dass die hierfür entwickelten Kriterien auch für die neue Gesetzeslage fruchtbar gemacht werden können.⁴³ Gab der Verkäufer eine Garantie für Umstände ab, die keine zusicherungsfähigen Eigenschaften waren, wie zum Beispiel eine Garantie für eine erst in Zukunft eintretende Beschaffenheit⁴⁴, war die Abgrenzung einfach. In einem solchen Fall kam nur ein selbstständiges Garantieverprechen in Betracht.⁴⁵

Problematisch war die Abgrenzung hingegen dann, wenn sich die „Garantie“ auf eine zusicherungsfähige Eigenschaft bezog. Die Rechtsprechung differenzierte nach dem Willen der Parteien, welchen sie durch Vertragsauslegung ermittelte. Bezog sich die „Garantie“ auf eine zusicherungsfähige Eigenschaft, so sollte im Zweifel eine bloße Zusicherung vorliegen.⁴⁶ Eine selbstständige Garantie konnte in diesem Fall stets nur nach einer „besonders sorgfältigen Prüfung“⁴⁷ angenommen werden. Grundsätzlich stand es jedoch den Parteien frei, auch zusicherungsfähige Eigenschaften zum Gegenstand eines selbstständigen Garantievernehmens zu machen.⁴⁸ Dies ergab sich aus dem Grundsatz der Privatautonomie.⁴⁹

2. Konsequenzen für die Vertragspraxis

Wegen dieser Praxis der Vertragsauslegung waren die Parteien gut beraten, in ihrem Kaufvertrag klar und unmissverständlich zu regeln, welche Eigenschaften zugesichert und welche Gegenstand eines selbstständigen Garantievertrages sein sollten.⁵⁰

Nicht anders kann der Rat für die Zukunft lauten, da der Begriff der Beschaffenheitsgarantie i. S. d. § 444 Alt. 2 BGB weitgehend dem der bisherigen Eigenschaftszusi-

Unternehmenskauf – Rechtsfolgen eines selbständigen Garantieverprechens nach der Reform

cherung entspricht. Die Parteien sollten daher in ihrem Kaufvertrag genau zwischen selbstständigen Garantieverprechen und Beschaffenheitsgarantien i. S. d. §§ 276 I 1, 442 I 2, 444 Alt. 2 BGB differenzieren.

Diesem Ratschlag könnte man entgegenhalten, auf diese Weise hätten es die Parteien in der Hand, § 444 Alt. 2 BGB in unzulässiger Weise dadurch zu umgehen, dass sie garantierte Beschaffenheitsangaben einfach als selbstständige Garantieverprechen bezeichneten. Lege man die Erklärung – entgegen dem ausdrücklichen Parteiwillen – aus, so käme man zum Ergebnis, dass es sich letztlich doch um eine garantierte Beschaffenheitsangabe und nicht um ein selbstständiges Garantieverprechen handele.

Zu bedenken ist jedoch, dass auch nach früherem Recht die Zulässigkeit einer Freizeichnung von Gewährleistungsansprüchen maßgeblich davon abhing, ob der Verkäufer eine Eigenschaft zugesichert oder eine selbstständige Garantie abgegeben hatte. Während die gesetzliche Gewährleistung bei selbstständigen Garantieverprechen nach früherem Recht ohne weiteres abdingbar war, konnte sie für eine zugesicherte Eigenschaft nur ausgeschlossen werden⁵¹, wenn die Zusicherung dadurch nicht entwertet wurde.⁵² Die Rechtsprechung argumentierte, der Verkäufer dürfe nicht über den Gewährleistungsausschluss wieder nehmen, was er über die Zusicherung gegeben habe.⁵³ So sollte beispielsweise eine Freizeichnungsklausel, wonach bei Mängeln nur Ersatzlieferung beansprucht werden durfte, auf eine zugesicherte Eigenschaft nicht anwendbar sein, weil im konkreten Fall der Sinn der Zusicherung gerade darin gelegen habe, den Käufer gegen Mangelfolgeschäden abzusichern. Dem Käufer habe daher an einer Ersatzlieferung erkennbar nicht gelegen sein können. Hätte sich die Freizeichnungsklausel auch auf die Zusicherung bezogen, so der BGH, wäre diese ihres Inhalts entleert worden und hätte jede praktische Bedeutung verloren.⁵⁴ Letztendlich stützte sich die Rechtsprechung auf § 242 BGB und den darin verkörperten Gedanken des *venire contra factum proprium*.

Gleichwohl ist uns kein Fall bekannt, in dem die Rechtsprechung unter Hinweis auf eine angebliche Umgehung der §§ 459 ff. BGB a. F. ein selbstständiges Garantieverprechen entgegen dem ausdrücklichen Parteiwillen als zugesicherte Eigenschaft ausgelegt hätte. Im Gegenteil stellte der BGH klar, dass es der Anwendung der §§ 459 ff. BGB a. F. nicht zwingend bedürfe. Es stehe den Parteien frei, die zugesicherte Eigenschaft zum Gegenstand einer besonderen Garantieabrede zu machen.⁵⁵

War es daher bisher ohne weiteres möglich, die – für Allgemeine Geschäftsbedingungen in § 11 Nr. 11 AGBG niedergelegte – Einschränkung zu „umgehen“, indem keine Zusicherung, sondern ein selbstständiges Garantieverprechen abgegeben wurde, so leuchtet nicht ein, warum sich dies durch § 444 Alt. 2 BGB, der ja nur eine Erstreckung des früheren § 11 Nr. 11 AGBG auf Individualverträge darstellt, geändert haben sollte. Hierfür kann jedenfalls nicht die besondere Schutzbedürftigkeit des Käufers herangezogen werden, denn dieser darf bei einer selbstständigen Garantie nur darauf vertrauen, dass ihm die Rechte in dem in der Garantierklärung bestimmten Umfang – und nicht darüber hinaus – zustehen. Dass der Verkäufer darüber hinaus auch nach gesetzlichem Gewährleistungsrecht haften will, wird durch die Abgabe eines selbstständigen Garantieverprechens nicht indiziert.

Nur wenn der Verkäufer eine Garantie i. S. d. § 276 I 1 BGB (bisher Eigenschaftszusicherung) abgibt, ist der Käufer schutzwürdig, denn in diesem Fall stehen dem Käufer nur die gesetzlichen Gewährleistungsrechte zur Verfügung. Selbstständige Rechte aus der Garantie hat er

hingegen nicht. Der Gewährleistungsausschluss gem. § 444 Alt. 2 BGB ist daher in diesem Falle in der Tat unzulässig. Es wäre unbillig, könnte der Verkäufer seine Garantie durch den Haftungsausschluss entwerten. Bei einem selbstständigen Garantieverprechen i. S. d. § 443 I BGB besteht die Gefahr einer Entwertung hingegen nicht, denn der Verkäufer muss dem Käufer offen legen, in welchem Umfang und mit welchen Rechtsfolgen er für den Garantiefall haften will. Der Käufer kann seine Rechte überblicken und für den Fall, dass er die Garantie für nicht ausreichend hält, vom Kauf Abstand nehmen.

Es stellt somit keine unzulässige Umgehung des § 444 Alt. 2 BGB dar, wenn die Parteien anstatt Beschaffenheitsgarantien i. S. d. § 444 Alt. 2 BGB selbstständige Garantieverprechen vereinbaren.

VI. Ist § 444 Alt. 2 BGB abdingbar?

Wer zu Recht befürchtet, dass einzelne Gerichte § 444 Alt. 2 BGB – anders als hier vertreten – auch auf selbstständige Garantieverprechen anwenden werden, muss sich die Frage stellen, ob er § 444 Alt. 2 BGB abbedingen kann oder, wie *Graf v. Westphalen*⁵⁶ vorschlägt, zur Vermeidung ungewollter Haftung gar die Flucht in eine andere Rechtsordnung antreten kann. Für eine Abdingbarkeit könnte zunächst einmal eine Passage in der Begründung zum Fraktionsentwurf zu § 443 BGB-RE sprechen:

„Die Garantie läßt soweit nicht etwas anderes vereinbart ist die gesetzlichen Gewährleistungsrechte unberührt“.⁵⁷

Daraus könnte geschlossen werden, dass bei einer Beschaffenheitsgarantie die gesetzliche Gewährleistung – mithin § 444 Alt. 2 BGB – abdingbar oder beschränkbar ist. Eine solche Interpretation geht jedoch zu weit. Zum einen bezieht sich diese Passage auf den bisher von der Rechtsprechung verwendeten Garantiebegriff, sagt also nichts über § 444 Alt. 2 BGB aus, dessen Garantiebegriff der bisherigen Eigenschaftszusicherung entspricht. Zum anderen lässt sich der Begründung lediglich entnehmen, durch eine Garantie könnten die gesetzlichen Gewährleistungsrechte berührt werden. Ein Gewährleistungsrecht kann aber auch dadurch berührt werden, dass es durch die Garantie erweitert wird, z. B. durch eine Verlängerung der Verjährungsfrist. Dass eine Garantie die Gewährleistungsrechte berühren kann, besagt also nicht, dass diese beschränkbar oder abdingbar sind.

Gegen den zwingenden Charakter des § 444 Alt. 2 BGB könnte jedoch sprechen, dass gerade diese Vorschrift in § 475 BGB nicht erwähnt ist, der die beim Verbrauchsgüterkauf zwingenden Vorschriften im Einzelnen aufzählt.⁵⁸ Dieses Fehlen erklärt sich jedoch daraus, dass beim Verbrauchsgüterkauf die Gewährleistungsrechte des § 437 BGB ohnehin nicht abdingbar sind. Daher bedarf es keiner zusätzlichen Vorschrift, die einen Aus-

51 Gemäß § 11 Nr. 11 AGBG jedoch nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

52 BGH WM 1977, 365 f.; v. 30. 1. 1985 – VIII ZR 238/82, BGHZ 93, 338 (342) = MDR 1985, 1019; v. 26. 1. 1983 – VIII ZR 227/81, MDR 1983, 573 = NJW 1983, 1424 f.; v. 30. 11. 1990 – V ZR 91/89, MDR 1991, 515 = NJW 1991, 912 f.; v. 7. 2. 1992 – V ZR 246/90, MDR 1992, 580 = NJW 1992, 1384 f.; *Staudinger/Honsell*, BGB, 13. Aufl. 1995, § 476 Rz. 29; vgl. auch *Westermann* in *MünchKommBGB*, 3. Aufl. 1995, § 476 Rz. 17.

53 *Staudinger/Honsell*, BGB, 13. Aufl. 1995, § 476 Rz. 29.

54 BGH NJW 1968, 1622 (1625).

55 BGHZ 65, 246 (252) = MDR 1976, 308.

56 *Graf v. Westphalen*, ZIP 2001, 2107.

57 Reg. Begr. zu § 443 BGB-RE, BT-Drucks. 14/6040, 237.

58 *Müller*, NJW 2002, 1026.

Unternehmenskauf – Rechtsfolgen eines selbständigen Garantieversprechens nach der Reform

schluss der Gewährleistung bei Arglist oder Abgabe einer Garantie für unwirksam erklärt. § 475 BGB schreibt vor, dass bei Vorliegen eines Sachmangels die Rechte des § 437 BGB unabdingbar sind. Da jede Garantie einer Beschaffenheit eine entsprechende Vereinbarung über die Beschaffenheit i. S. d. § 434 I BGB beinhaltet, ist jede Abweichung von der Garantie zugleich ein Sachmangel i. S. d. § 434 I BGB, für welchen der Verkäufer bereits gem. §§ 475, 437 BGB zwingend haftet. Das Ausschlussverbot des § 475 I BGB ist also umfassender als das des § 444 Alt. 2 BGB, so dass neben § 475 I BGB für § 444 Alt. 2 BGB kein Raum bleibt.⁵⁹ Folglich wäre ein Verweis des § 475 I BGB auf § 444 BGB Alt. 2 überflüssig.

Entscheidend für den zwingenden Charakter des § 444 Alt. 2 BGB spricht, dass diese Vorschrift im Falle ihrer Dispositivität überflüssig wäre, denn in jeder Einschränkung von Gewährleistungsrechten liegt eine zumindest stillschweigende Abbedingung der Vorschrift, so dass das Verbot des § 444 Alt. 2 BGB leer liefe. Welchen Sinn hätte ein Verbot, welches nach Belieben aufgehoben werden könnte?

Auch der Gesetzgeber scheint vom zwingenden Charakter des § 444 Alt. 2 BGB auszugehen. So wurde eine Verweisung des § 475 BGB auf § 444 BGB mit dem Hinweis abgelehnt, § 444 BGB regelt eine allgemein geltende Beschränkung der Abdingbarkeit kaufrechtlicher Vorschriften.⁶⁰ Dieses Argument kann nur dahingehend verstanden werden, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers eine Einbeziehung des § 444 BGB in § 475 BGB überflüssig war, weil § 444 BGB ohnehin unabdingbar ist.

Muss demnach § 444 Alt. 2 BGB als zwingendes Recht angewandt werden⁶¹, so kann die Vorschrift auch nicht dadurch umgangen werden, dass das Kaufrecht insgesamt abbedungen wird, wie dies z. B. Müller⁶² vorschlägt. Ein Ausschluss des Kaufrechts ist nur in dem Umfang möglich, wie die Privatautonomie reicht. Diese wird jedoch durch zwingendes Recht eingeschränkt. Mit anderen Worten: § 444 Alt. 2 BGB wird nicht dadurch

dispositiv, dass daneben auch alle anderen Vorschriften des Kaufrechts abbedungen werden.

Auch die Wahl einer anderen Rechtsordnung⁶³ kann § 444 Alt. 2 BGB jedenfalls bei rein innerdeutschen Transaktionen nicht außer Kraft setzen. Gemäß Art 27 II EGBGB bleiben zwingende Bestimmungen des deutschen Rechts, zu welchen bisher insbesondere die Vorschriften der §§ 443, 476 BGB a. F. zählten⁶⁴, von der Wahl der Rechtsordnung unberührt.

VII. Ergebnis

Als Fazit unserer Überlegungen bleibt folgendes festzuhalten:

- ▷ § 444 Alt. 2 BGB verbietet den Ausschluss der gesetzlichen Gewährleistungsrechte für Beschaffenheitsgarantien. Die Vorschrift ist zwingendes Recht und damit unabdingbar. Das neue Schuldrecht gibt die Differenzierung zwischen „Beschaffenheit“ und „Eigenschaft“ auf. Der Begriff der Beschaffenheit wird in Zukunft möglicherweise weiter auszulegen sein als bisher der Begriff der Eigenschaft.
- ▷ Das neue Schuldrecht unterscheidet drei Arten von Garantien: Die Garantie für die Beschaffenheit i. S. d. §§ 276 I 1, 442 I 2, 444 Alt. 2 BGB entspricht der früheren Eigenschaftszusicherung i. S. d. § 459 II BGB a. F., die Haltbarkeitsgarantie i. S. d. § 443 I Alt. 1 BGB ist ein unselbstständiges Garantieverprechen und die Garantie für die Beschaffenheit der Sache i. S. d. § 443 I Alt. 2 BGB stellt ein selbstständiges Garantieverprechen dar. Damit regeln die §§ 443 I und 444 Alt. 2 BGB trotz ihres identischen Wortlauts unterschiedliche Garantietypen.

Die Abgrenzung der Beschaffenheitsgarantie i. S. d. § 444 Alt. 2 BGB vom selbstständigen Garantieverprechen entspricht derjenigen der zugesicherten Eigenschaft vom selbstständigen Garantieverprechen nach früherem Recht. Damit kann die bisher gängige, in der Einleitung beschriebene Vertragspraxis aufrechterhalten werden.⁶⁵ Für den Verkäufer eines Unternehmens besteht kein Grund, unter Hinweis auf die neue Rechtslage die Abgabe von Garantien wegen unüberschaubarer Risiken zu verweigern. Es ist dringend anzuraten, bei Verträgen über einen Unternehmenskauf zweifelsfrei klarzustellen, dass abgegebene Garantien nicht als Garantien i. S. d. § 444 Alt. 2 BGB zu verstehen sind. Hierfür schlagen wir folgende Formulierung vor:

„Bei allen hier abgegebenen Garantien handelt es sich ausschließlich um selbstständige Garantieverprechen i. S. d. § 311 I BGB. Garantien für Beschaffenheitsangaben i. S. d. § 444 Alt. 2 BGB werden nicht abgegeben.“

⁵⁹ Reg. Begr. zu § 444 BGB-RE, BT-Drucks. 14/6040, 240.

⁶⁰ Beschlussempfehlung nebst Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) des Deutschen Bundestages v. 9. 10. 2001 (BT-Drucks. 14/7052), Begründung der Beschlussempfehlung zu § 475 I, S. 199.

⁶¹ So auch *Graf v. Westphalen* in *Henssler/Graf v. Westphalen*, Praxis der Schuldrechtsreform, 2001, Teil 5, § 475 Rz. 16 unter Hinweis auf den „allgemeinen Charakter“ des § 444 BGB.

⁶² Müller, NJW 2002, 1026 ff.

⁶³ *Graf v. Westphalen*, ZIP 2001, 2107.

⁶⁴ *Staudinger/Magnus*, EGBGB, 12. Aufl. 1998, Art. 27 EGBGB Rn. 130 ff.

⁶⁵ So im Ergebnis auch *Amann/Brambring/Hertel*, a. a. O., S. 330; *Dauner-Lieb*, FAZ v. 8. 12. 2001/Nr. 286, S. 21: „BGB-Reform schafft Unklarheiten bei Garantien“; *Dauner-Lieb/Thiessen*, ZIP 2002, 108 (114); Müller, NJW 2002, 1026 ff.