

Betriebs Berater



12-13 | 2016

Recht | Wirtschaft | Steuern

21.3.2016 | 71. Jg.
Seiten 705-768

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Martin Franzen

Entgeltgleichheit durch ein Lohngerechtigkeitsgesetz?

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Eric Wagner, RA, und **Dr. Simon Wagner**, RA

Abschied von der Schriftform: Zum Änderungsbedarf bei AGB für B2C-Geschäfte nach der jüngsten Änderung des AGB-Rechts | 707

Dr. Gerhard H. Wächter, RA/Notar

Bilanzgarantien und ihre Auslegung | 711

STEUERRECHT

Prof. Dr. Rainer Heurung, WP/StB, **Katja Fröhr**, und **Sebastian Schmidt**

BB-Rechtsprechungsreport ertragsteuerliche Organschaft 2015 | 727

Dr. Andreas Erdbrügger, RA/StB

Muss die Kautelarpraxis bei Grundstückskaufverträgen auf die nachträgliche Umsatzsteuer-Option verzichten? | 734

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Annetrin Veit, RAin/StBin

BB-Rechtsprechungs-, Verwaltungs- und Gesetzgebungsreport zur Bilanzierung der betrieblichen Altersversorgung 2015/2016 | 747

ARBEITSRECHT

Dr. Markus Sprenger, RA

Die befristete Beschäftigung von Rentenanwärtern und Rentnern | 757

Dr. Joachim Luke, RA

Wettbewerb durch Prokura? | 762

BB-Rechtsprechungs-,
Verwaltungs- u. Gesetzgebungs-
report zur Bilanzierung
der bAV 2015/2016

Dr. Gerhard H. Wächter, RA und Notar

Bilanzgarantien und ihre Auslegung

– Zugleich eine Besprechung von OLG Frankfurt a.M., 7.5.2015 – 26 U 35/12 („Mobilkran“) –

In den letzten Jahren sind zahlreiche Beiträge zu Bilanzgarantien erschienen. Nunmehr lag dem LG Limburg und in der Berufungsinstanz dem OLG Frankfurt a.M. ein Fall vor, der durch viele der ungeklärten oder umstrittenen Auslegungsfragen hindurchführt. Unter anderem betraf die Entscheidungen erstens das Verständnis dessen, was Bilanzgarantien überhaupt bedeuten können und ihre jeweilige Auslegung im Einzelfall (z.B. sog. „harte“ und „weiche“ Bilanzgarantien), zweitens ob als Schadensersatz i.S.v. § 249ff. BGB (oder aufgrund einer vergleichbaren vertraglichen Rechtsfolgenklausel) die „Auffüllung“ des garantierten, aber nicht vorhandenen Eigenkapitalbetrages verlangt werden kann, sowie, drittens, wenn man sich wie das OLG Frankfurt a.M. zutreffenderweise gegen eine solche „Bilanzauffüllung“ entscheidet, ob als Schadensersatz i.S.v. § 249ff. BGB das sog. positive oder das negative Interesse zu leisten ist. Gegenstand des Urteils sind weiter Fragen der Darlegungs- und Beweislast und des § 442 BGB.

I. Der Sachverhalt

Die Käuferin eines Bauunternehmens machte Ansprüche aus angeblichen Verletzungen einer Bilanzgarantie geltend.¹ Der Ende 2008 geschlossene Anteilskaufvertrag enthält in § 4 Abs. 1 die Garantie, dass der Jahresabschluss 2007 mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften erstellt worden sei und dass er ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft vermittele. Nach § 4 Abs. 2 sollte bei Unrichtigkeit von Garantieerklärungen die Käuferin durch Schadensersatz Geld so gestellt werden, wie sie oder die Gesellschaft stehen würde, wenn die entsprechende Gewährleistung zutreffend wäre; weitergehende Rechte, insbesondere aus der kaufrechtlichen Gewährleistung, waren ausgeschlossen (§ 4 Abs. 6).

Die Käuferin behauptete die Unrichtigkeit der garantierten Bilanz in mehreren Positionen, also Differenzen zwischen verschiedenen in der garantierten Bilanz angesetzten Beträgen und Beträgen, die angeblich richtigerweise anzusetzen gewesen wären, und forderte diese Differenz als Mindestschaden. Zusätzlich versuchte sie darzulegen, dass die Bilanz 2007 für die Kaufpreisberechnung maßgeblich gewesen sei.

Das LG Limburg und das OLG Frankfurt a. M. erachteten die garantierte Bilanz nach Beweiserhebung u. a. in folgenden Punkten als unrichtig: Eine Rückstellung für latente Steuern war nicht gebildet, entgegen dem strengen Realisationsprinzip waren verfrüht Teilgewinnrealisierungen für Bauleistungen erfolgt und es waren keine oder zu geringe Umsatzsteuerrückstellungen, Gewährleistungsrückstellungen und Rückstellungen für Wartungskosten bei Hard- und Software gebildet worden.²

II. Tatbestandsseite

1. „Weiche“ oder „harte“ Bilanzgarantie?

Das OLG Frankfurt a.M. hat sich in der Berufungsinstanz, ausgelöst durch Angriffe der Berufung, zu Überlegungen dazu veranlasst gese-

hen, ob eine „weiche“ oder „harte“ Bilanzgarantie vereinbart worden sei. Es hat Letzteres bejaht. Die Ausführungen des OLG Frankfurt a.M. zeigen, dass es unter einer „harten“ Bilanzgarantie eine Garantie versteht, nach deren Inhalt die Bilanz nach *strengeren* Regeln als denen des Bilanzrechts (im Streitfall des HGB) aufgestellt wurde bzw. sie jedenfalls einer Beurteilung nach strengeren Regeln standhalten muss. Eine „harte“ Bilanzgarantie soll demnach bedeuten, dass die Bilanz selbst solche negativen Umstände berücksichtigt, die nach dem Bilanzrecht nicht berücksichtigt werden müssen und möglicherweise gar nicht berücksichtigt werden dürften. Anders formuliert: Wenn eine Bilanz „hart“ garantiert wird, hat der Kaufmann, wenn auch vielleicht noch nicht das größtmögliche zukünftige Negativszenario, so doch jedenfalls ein schlimmeres abzubilden als er nach dem Bilanzrecht verpflichtet wäre darzustellen.

In diesem Sinne formuliert das OLG Frankfurt a.M., es seien auch „hinsichtlich der Existenz und/oder der Höhe der Schuld *noch nicht (vollständig) bekannte bzw. zu erwartende Risiken, Wertminderungen und Verbindlichkeiten* von der Bilanzgarantie umfasst“.³ An anderer Stelle drückt das OLG Frankfurt a.M. dies noch deutlicher aus: „Die von den Beklagten abgegebene ‚harte‘ Bilanzgarantie ist unter Berücksichtigung des in ihr enthaltenen materiellen Elements so zu verstehen, dass die Referenzbilanz zum Stichtag die tatsächlichen Verhältnisse objektiv vollständig und korrekt wi[e]derspiegelt. Damit hat der Verkäufer auch für *nicht bekannte Schulden und Eventualverbindlichkeiten* bis zum Stichtag einzustehen, mögen diese auch *nach subjektiven Kriterien unter Berücksichtigung der bilanzrechtlich erforderlichen Aufstellungssorgfalt nicht erkennbar* gewesen sein und im Hinblick auf die Vermögenslage der Zielgesellschaft *keine Verletzung der handelsrechtlichen Bilanzierungsgrundlagen* darstellen.“⁴

Daher bestehe eine „Einstandspflicht nicht nur für diejenigen unbekanntes Schulden und nicht zurückgestellten Eventualverbindlichkeiten, die später zum Vorschein kommen und nach handelsrechtlichen Grundsätzen unbedingt bilanziell hätten ausgeglichen werden müssen, sondern auch für solche, die aufgrund der angewandten Sorgfalt bis zum Stichtag überhaupt nicht ersichtlich waren.“⁵

Dies bedeutet nicht mehr und nicht minder, dass etwa ein Verkäufer des AKW Fukujima (vor der Katastrophe), wenn er eine Bilanzgarantie abgegeben hätte, um sich vor Schadensersatzansprüchen des Käufers daraus zu schützen, vorsorglich Rückstellungen für die Katastrophe hätten bilden müssen – sonst haftete er. Er hätte diese Rückstellungen bilden müssen, obwohl (vermutlich!) auch das japanische Bilanzrecht nicht erlaubt, die jeweils denkbaren Super-GAU in den

1 Die Bilanz war übrigens nur verschuldensabhängig garantiert („garantiert nach § 276 BGB“). Der Form nach ging es um die Einstellung der sofortigen Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen eines Kaufpreisrestbetrages.

2 OLG Frankfurt a.M., 7.5.2015 – 26 U 35/12, BB 2016, 721, 722 ff. (in diesem Heft).

3 OLG Frankfurt a.M., 7.5.2015 – 26 U 35/12, BB 2016, 721 f. (in diesem Heft).

4 OLG Frankfurt a.M., 7.5.2015 – 26 U 35/12, BB 2016, 721, 724 (in diesem Heft).

5 OLG Frankfurt a.M., 7.5.2015 – 26 U 35/12, BB 2016, 721, 724 (in diesem Heft).

Jahresbilanzen der Unternehmen abzubilden (weil sonst sehr viele Unternehmen dauerhaft eine bilanzielle Überschuldung mitschleppen müssten).

Diese Auffassung des OLG Frankfurt a.M. geht zu weit.⁶

Während die Vertragsfreiheit selbstverständlich die Möglichkeit zu einer Haftungs- und Risikoübernahme durch den Verkäufer weit über das hinaus, was ein Käufer nach der Bilanz erwarten darf, eröffnet (ja selbst einer versicherungsähnlichen Risikofreistellung), kann diese Wirkung nach der hier vertretenen Auffassung i. d. R. nicht durch eine bloße Auslegung einer Bilanzgarantie erreicht werden. Eine Bilanzgarantie verdankt, wie schon der Namen sagt, ihre Existenz dem Regelwerk des Bilanzrechts und nimmt – jedenfalls im Ausgangspunkt – auf diese Regeln als „benchmark“ Bezug. Mehr noch: Nur durch diesen Bezug zu den jeweiligen Normen des Bilanzrechts und die Rechtsprechung dazu erhält sie einen konkreten Inhalt. Bilanzgarantien sinken sogleich in die Aussagelosigkeit oder in größte „Schwammigkeit“ ab und verlieren ihre (relativ) verlässliche Anwendungsfähigkeit, wenn der Bezug zum Bilanzrecht aufgehoben oder gelockert wird.⁷

Zu berücksichtigen ist auch, dass es im Allgemeinen keine Rückwirkung einer Richtigkeitsaussage (als sog. Meta-Aussage) und ihrer „Intensität“ auf die Regeln gibt, von denen die Richtigkeit der Aussage abhängt. Ob die Erklärung abgegeben wird, „Die Gesellschaft hat keine Schulden“ oder „Die Erklärung, dass die Gesellschaft keine Schulden hat, ist hundertprozentig richtig!“, ändert nichts an den Regeln, nach denen festzustellen ist, ob eine Gesellschaft Schulden hat.⁸

Im Gegenteil ist anzunehmen, dass Vertragsparteien, wenn sie eine umfassende Risikofreistellung des Käufers bzw. des Zielunternehmens über bilanzierungspflichtige Risiken hinaus wünschen, sie i. d. R. die hierzu bereitstehenden sachgerechten und verlässlichen Instrumente der Freistellungsverpflichtung („indemnity“), der Kostenübernahme, einer Vermögensgarantie oder der offenen Kaufpreisanpassung beim Eintritt entsprechender Umstände wählen oder eben wirklich eine Versicherung bei Dritten.⁹

Gegen diese Sichtweise spricht auch nicht, wenn der Garantietext Hinweise für eine besondere „Härte“ oder „Objektivität“ enthält. Es ist das Schicksal der Kautelarjurisprudenz, dass manche Hinzufügungen in der Sache nichts ändern. So bleiben z. B. Doppelungen („absolut richtig“, trägt den „ganzen Schaden“) oder rhetorische Betonungen und Dramatisierungen („garantiert und steht dafür ein ...“) in der nüchternen, kühlen und begrifflichen Welt des Rechts i. d. R. folgenlos. Für eine Mutation der Garantie der Richtigkeit einer Bilanz in eine Garantie, dass die Bilanzaussagen als etwas qualitativ anderes aufgefasst werden dürfen als sie eigentlich darstellen und sie auch in dieser Uminterpretation richtig sind, ist wesentlich mehr zu verlangen.

Insbesondere überzeugt das konkrete Argument des OLG Frankfurt a.M. nicht, es ergebe „sich schon aus dem Wortlaut der Garantie eindeutig, dass der Jahresabschluss nicht nur mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns unter Beachtung der maßgeblichen Vorschriften erstellt werden, sondern zum Stichtag die tatsächliche Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Zielgesellschaft vollständig und richtig wiedergeben sollte“.¹⁰ Diese „Nicht-nur-sondern-auch-Argumentation“ verkennt, dass die in der vertraglichen Garantie aufgegriffene Formulierung weitgehend eine Paraphrase von § 264 Abs. 2 S. 1 HGB ist. § 264 Abs. 2 S. 1 HGB ist aber gerade Teil der Regeln, die jeder Kaufmann bei jeder Bilanz zu berücksichtigen hat, gleich ob diese später garantiert wird oder nicht und wie „weich“ oder „hart“ auch immer.¹¹ M.a.W. gehört diese Regelung zum gesetzlichen Bi-

lanzrecht und es kann ihr keine über den „subjektiv-normativen Fehlerbegriff“ hinausgehende Bedeutung zugemessen werden.¹² Die Paraphrase sprach eher für das Gegenteil.

Der Verfasser erachtet insofern die vom OLG Frankfurt a.M. vorgenommene Auslegung der Garantieaussagen, die dazu führt, die garantierte Bilanz nicht mehr an dem geltenden Bilanzrecht zu messen, sondern als umfassendere Übernahme zukünftiger Risiken aufzufassen, als korrekturbedürftig.¹³

2. Darlegungs- und Beweislast bei Bilanzgarantien

Das OLG Frankfurt a.M. geht nicht nur von einer sehr weiten potentiellen Haftung von Garantiegebern bei Bilanzen aus, indem es sog. „harte“ Bilanzgarantien als möglich erachtet und großzügig annimmt, sondern erweitert das Haftungsrisiko der Garantiegeber (Verkäufer) zusätzlich durch eine zu weit gehende Zuweisung der Darlegungs- und Beweislast an sie. Es sieht namentlich die Bilanz hinsichtlich der Bilanzierung von unfertigen Erzeugnissen als unrichtig an, weil „die Voraussetzungen für eine Teilgewinnrealisierung nicht vorlagen bzw. von den Beklagten und der Streithelferin [dem Steuerberater der Verkäuferin] nicht hinreichend dargetan wurden“.¹⁴ Letzteren obliege aber nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast, „da sie insoweit eine bilanzielle Bewertung vorgenommen haben, die nur ausnahmsweise zulässig ist“.

Indessen: Bei Bilanzgarantien gelten dieselben Regeln zur Darlegungs- und Beweislast wie bei Garantien überhaupt. Der Gläubiger muss also als Voraussetzung seiner Anspruchsnorm die Unrichtigkeit der garantierten Bilanz darlegen und ggf. beweisen. Da es für die Richtigkeit/Unrichtigkeit einer Bilanz i. d. R. auf die Vertretbarkeit der zugrunde liegenden kaufmännischen Beurteilung ankommt,¹⁵ muss also der Garantiegäubiger darlegen und beweisen, dass diese Beurteilung angesichts des Informationsstandes, die dem Bilanzsteller zugänglich war oder den er sich hätte beschaffen können, unvertretbar und pflichtwidrig war.¹⁶

6 S. bereits allg. Wächter, M&A-Litigation, 2. Aufl. 2014, Rn. 466 ff., 487; Hennrichs, in: Drygala/Wächter (Hrsg.), Bilanzgarantien bei M&A-Transaktionen, Beiträge der 1. Leipziger Konferenz „Mergers & Acquisitions“, 2015, S. 2 f., 10, Hennrichs, NZG 2014, 1001, 1002 f.; Elsing, in: Schüppen u. a. (Hrsg.), FS Haarmann, 2015, S. 36.

7 Was soll die Aussage „Grundstück in A: 4 Mio. €“ oder „Maschinen: 12 Mio. €“ bedeuten, wenn das Bilanzrecht als „Code“ weggedacht wird. Einen Verkehrswert von 4 oder 12 Mio. €. Das war nie gemeint!

8 S. schon Wächter, M&A-Litigation, 2. Aufl. 2014, Rn. 489 f., 483.

9 Auch Elsing geht – unter Bezugnahme auf Hennrichs, NZG 2014, 1001, 1004 – davon aus, dass „bei der Bilanzgarantie regelmäßig der normativ-subjektive Fehlerbegriff gilt“ (FS Haarmann, 2015, S. 36) bzw. dass „eine Bilanzgarantie üblicherweise unrichtig (sei), wenn beim Erstellen der Bilanz gegen die gesetzlichen Bilanzierungsvorschriften verstoßen wurde und ein ordentlicher Kaufmann diesen Verstoß bei pflichtgemäßer Prüfung erkennen konnte“ (FS Haarmann, 2015, S. 30). Elsing schließt die Möglichkeit einer „harten Bilanzgarantie“ nicht völlig aus, aber verlangt für ihre Anerkennung jedenfalls eine „ausdrückliche Regelung“ (S. 30). Eine solche würde aber eben typischerweise wohl in der Form einer Freistellungs- oder Kostenerstattungsregelung erfolgen. Kritisch zu einer großzügigen Annahme einer „harten Bilanzgarantie“ durch das OLG München, 30.3.2011 – 7 U 4226/10, BeckRS 2011, 07200; auch Louven/Mehrbrey, ZGR 2014, 1321 ff., 1327.

10 OLG Frankfurt a.M., 7.5.2015 – 26 U 35/12, BB 2016, 721 f. (in diesem Heft).

11 § 264 Abs. 2 S. 1 HGB lautet „Der Jahresabschluss der Kapitalgesellschaft hat unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft zu vermitteln.“

12 Richtig Elsing, in: Schüppen u. a. (Hrsg.), FS Haarmann, 2015, S. 30; a. A. Blunk/Rabe, GmbHR 2011, 408, 410.

13 Schon bei Patronatserklärungen, die möglicherweise bei der Unterscheidung von „harten“ und „weichen“ Bilanzgarantien Pate gestanden haben könnten, ist diese Unterscheidung kaum glücklich. Insbesondere ersetzt sie nicht die genaue Auslegung. Keinesfalls ist es möglich, die „Hart-Weich“-Differenz zu einer allgemein anwendbaren Unterscheidung (des Rechts überhaupt?) zu erheben. Es gibt z. B. ebenso wenig „harte“ und „weiche“ Kauf-, Miet-, Gesellschafts- und Darlehensverträge wie es „gelbe“ und „blaue“ oder „langhaarige“ und „kurzhaarige“ gibt.

14 OLG Frankfurt a.M., 7.5.2015 – 26 U 35/12, BB 2016, 721 f. (in diesem Heft).

15 Ausf. Hennrichs, NZG 2014, 1001, 1002 ff.

16 S. Broichmann, in: Drygala/Wächter (Hrsg.), Bilanzgarantien bei M&A-Transaktionen, 2015, S. 48 ff., 52, 53, 60. Elsing, in: Schüppen u. a. (Hrsg.), FS Haarmann, 2015, S. 36, 40 f.

Bisweilen werden zur Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast Zumutbarkeitsgesichtspunkte angeführt. Auch solche Gesichtspunkte können sich indessen, wenn sie überhaupt beachtlich sind, bei Bilanzgarantien regelmäßig nicht zulasten des Verkäufers auswirken, da typischerweise der Käufer über den weitaus besseren Zugang zu den Gesellschaftsunterlagen verfügt und nicht selten die Personen, die die Bilanz erstellt oder dabei beraten haben, sogar durch Geheimhaltungsverpflichtungen gegenüber der Gesellschaft bei Auskünften an den Verkäufer gehindert sind (oder sich dahinter verstecken).

3. Haftungsausschluss nach § 442 BGB

§ 442 BGB ist nach ganz herrschender Lehre disponibel; seine Wirkungen können also unstreitig für Garantien ausgeschlossen werden.¹⁷ Unklar ist allerdings noch, ob, wenn von der Ausschlussmöglichkeit nicht Gebrauch gemacht wurde und der Vertrag sonst schweigt, der in Kraft belassene § 442 BGB analog auf Garantieansprüche anzuwenden ist.¹⁸ Das OLG Frankfurt a.M. bereichert die Diskussion hier um einen neuen Gesichtspunkt: Es nimmt darauf Bezug, dass der Anteilskaufvertrag über die Garantieansprüche hinausgehende *kaufrechtliche* Gewährleistungsansprüche überhaupt ausgeschlossen habe; daher sei davon auszugehen, dass auch die Regelung des § 442 BGB in keine Geltung haben sollte.¹⁹ Ein interessanter Gesichtspunkt, dem zuzustimmen ist.

III. Rechtsfolgende: „Bilanzauffüllung“ oder Schadensersatz?

Das LG Limburg hatte sich in der Sache auf den Boden der sog. „Bilanzauffüllungsansatzes“ gestellt. Dieser besteht darin, den nach § 249 BGB (oder einer vergleichbaren vertraglichen Rechtsfolgenorm) zu ersetzenden Schaden mit dem Betrag der Bilanzunrichtigkeit bzw. des zu hoch angesetzten Eigenkapitals gleichzusetzen.²⁰

Das LG Limburg hat ausgeführt: „In Abs. 2 [der Rechtsfolgenorm, d. Verf.] ist geregelt, dass der Verkäufer, falls eine Gewährleistung unzutreffend sein sollte, durch Schadensersatz in Geld so zu stellen ist, wie die Gesellschaft stehen würde, wenn die entsprechende Gewährleistung zutreffend wäre. Dies bedeutet, dass, falls das Vermögen der Gesellschaft in der genannten Bilanz unzutreffend dargestellt wurde, sei es, dass Aktivposten überbewertet wurden oder dass Passivposten unterbewertet wurden, *der entsprechende Differenzbetrag in Geld von den Beklagten auszugleichen ist. Eine andere Bedeutung kann die Regelung nicht haben. Es ist nicht ersichtlich, wie anders die Ansprüche der Klägerin als Käuferin der Geschäftsanteile überhaupt praktikabel bewertet werden sollten.* Dass die Gesellschaft so zu stellen ist, wie wenn die entsprechende Gewährleistung zutreffend wäre, kann letztlich nur heißen, dass die entsprechenden Fehlbeträge durch entsprechende Geldzahlungen auszugleichen sind, dann wird der *Fehler der Bilanz durch eine entsprechende finanzielle Zuwendung ausgeglichen.*“

Es sollte also, wie man knapp formulieren könnte, Schadensersatz durch „Ausgleich der Eigenkapitaldifferenz“ oder des „Buchwertdeltas“ in Geld geleistet werden. Zur Begründung gab das LG Limburg zweimal an, dass ihm eine alternative Rechtsfolge bzw. „praktikable Bewertung“ nicht ersichtlich sei. Dabei führte es auch an, dass es „mangels Vergleichbarkeit“ dem sachgerechteren Vorgehen des BGH in den Verfahren VIII ZR 186/75²¹ und VIII ZR 64/79,²² nämlich einer „abstrakte(n) Berechnung eines etwaigen Minderwertes der Geschäftsanteile“, nicht folgen wolle.²³

Die Vorgehensweise des LG Limburg, „Bilanzauffüllung“ mit Schadensersatz gleichzusetzen oder anstelle von Schadensersatz eine „Bilanzauffüllung“ zu gewähren, war in den letzten Jahren in der Literatur in Zweifel gezogen worden. Der Verfasser hatte den Bilanzauffüllungsansatz umfassend kritisiert,²⁴ Hilgard hatte das Thema ebenfalls untersucht und zugestimmt,²⁵ Henle z.T. widersprochen.²⁶ Erfreulicherweise hat sich mit Brand auch ein Schadensrechtler in die Diskussion eingeschaltet. Er geht davon aus, dass es Fälle gebe, in denen „die Bilanz zwar unrichtig (sei), diese Unrichtigkeit sich aber wirtschaftlich nicht im Vermögen des Garantieempfängers niederschläge, so dass man ihm keinen Ersatz nach § 249 ff. BGB gewähren (könne)“.²⁷ Auch Brand lässt daher die Bilanzauffüllung nur „nach Art einer ‚Daumenregel‘ als Ausgangspunkt für den Schadensersatz bei verletzten Bilanzgarantien“ gelten. Falsch wäre es aber, bei diesem Ausgangspunkt stehenzubleiben. Rechtmäßige Naturalrestitution bewirkt eine Bilanzauffüllung nur, wenn sie auch die drei Grundsätze des Schadensrechts²⁸ beachtet. Diese sind in einem zweiten Prüfungsschritt als ‚Kontrollmatrix‘ auf die Bilanzauffüllung zu liegen, um feststellen zu können, dass die Normgrenzen der § 249 BGB eingehalten werden.“²⁹ Kürzlich hat auch Elsing die Bilanzauffüllung abgelehnt und ausgeführt „Eine Naturalrestitution ist nach inzwischen wohl einhelliger Meinung jedenfalls nicht in einer sog. Bilanzauffüllung möglich“.³⁰

In der Berufung stütze sich der Verkäufer in der Sache auf diese Kritik, in dem er rügte, dass das LG die „aufgeführten Mängel der Bilanz unmittelbar als Schadensposition zu Grunde gelegt habe“. Das OLG Frankfurt a.M. ist der Berufung in diesem zentralen Punkt erfreulicherweise gefolgt. Es formulierte: „Soweit das Landgericht seiner Schadensberechnung den jeweiligen Differenzbetrag zugrunde gelegt hat, der sich bei den beanstandeten Positionen aus einem Vergleich des in der Bilanz angesetzten Wertes zu dem vom Sachverständigen ermittelten Wert ergibt, wird diese Berechnung den vertraglichen Vereinbarung der Partei nicht gerecht.“³¹ Vielmehr sei der Käufer gemäß § 4 Abs. 2 des Vertrages „so zu stellen, wie er stehen würde, wenn die entsprechende Gewährleistung zutreffend wäre“. Hiermit hat das OLG Frankfurt a.M. die zutreffende Richtung zum Totalausgleich ge-

17 Meinungsstand bei Wächter, M&A-Litigation, 2. Aufl. 2014, Rn. 1000f.

18 Der Verfasser hat sich von vornherein gegen eine Anwendung von § 442 BGB auf Garantieansprüche ausgesprochen (Wächter, M&A-Litigation, 2. Aufl. 2014, Rn. 983 ff. m. w. N.)

19 OLG Frankfurt a.M., 7.5.2015 – 26 U 35/12, BB 2016, 721, 724 (in diesem Heft).

20 Also einen Betrag von der Tatbestandsseite (um wie viel ist der Bilanzansatz falsch?) auf die Rechtsfolgende (wie viel Schadensersatz ist zu leisten?) zu projizieren, ohne die gesetzliche Transformationsregeln der § 249 f. BGB, die u.a. Kausalität und eine wirtschaftliche Betrachtung erfordern, anzuwenden. Eigentlich müsste man dies „Buchwertauffüllung statt Schadensersatz“ nennen.

21 BGH v. 25.5.1977, NJW 1977, 1536 ff.

22 BGH v. 2.6.1980, NJW 1980, 2408.

23 Das LG Limburg sagt nicht, warum es an Vergleichbarkeit fehlen solle. Tatsächlich wies die abgelehnte BGH-Entscheidung den richtigen Weg zur Feststellung der Differenz zwischen dem Unternehmenswert bei Richtigkeit der Bilanzgarantien und bei Unrichtigkeit der Bilanzgarantien.

24 Wächter, M&A-Litigation, 2012, insb. Rn. 1133 ff., Wächter, NJW 2013, 1270 ff.; Wächter, M&A-Litigation 2. Aufl. 2014, insb. Rn. 522 ff. und 1494 ff. In Rn. 1496 f. und 1535 f. wird das erstinstanzliche Urteil des LG Limburg besprochen.

25 Hilgard, BB 2013, 937.

26 Henle, in: Drygala/Wächter (Hrsg.), Bilanzgarantien bei M&A-Transaktionen, 2015, S. 189 ff.

27 Brand, in: Drygala/Wächter (Hrsg.), Bilanzgarantien bei M&A-Transaktionen, 2015, S. 297, 310.

28 Brand meint hier v.a. die sog. Totalreparation und das sog. Bereicherungsverbot. Der dritte Grundsatz ist der Vorrang der Naturalrestitution (s. Brand, Schadensersatzrecht, 2010, S. 19 f., Neuaufgabe erscheint in Kürze).

29 Brand, Schadensersatzrecht, 2010, S. 310.

30 Elsing, in: Schüppen u.a. (Hrsg.), FS Haarmann, 2015, S. 38, s.a. S. 45.

31 OLG Frankfurt a.M., 7.5.2015 – 26 U 35/12, BB 2016, 721, 724 (in diesem Heft).

wiesen und der „Bilanzauffüllung“ als Verkürzung und Missachtung der Vorgaben der schadensrechtlichen Logik (aus § 249 Abs. 1 BGB, ggf. i.V.m. § 251 BGB oder der vertraglichen Rechtsfolgeklausel) eine Absage erteilt. Dabei kann dahinstehen, ob dieses Ergebnis gewissermaßen auf einer „ersten Stufe“ (Schadensrecht ≠ Bilanzauffüllung) oder auf einer „zweiten Stufe“ (im Sinne einer Korrektur einer zunächst aus Vereinfachungsgründen zulässigen Bilanzauffüllung durch eine ‚Kontrollmatrix‘ i.S. v. *Brand*³²) erfolgt. In der Sache korrigiert das OLG Frankfurt a.M. hierüber den Fehler des LG Limburg, das dem Käufer zu früh bilanziell realisierte Gewinne zugesprochen hatte, unabhängig davon, dass sich diese Gewinne in einer Folgeperiode realisieren würden.³³

IV. Positives oder negatives Interesse?

Durch das Urteil des OLG Frankfurt a.M. ist eine weitere wichtige schadensrechtliche Frage bei Bilanzgarantien stärker ins Bewusstsein getreten,³⁴ die Frage danach, ob auch bei der Verletzung von Bilanzgarantien das sog. „positive Interesse“ zu ersetzen ist oder (ausnahmsweise) das sog. „negative Interesse“.³⁵

Allgemein ist durch gesicherte Rechtsprechung etabliert, dass das sog. negative Interesse in Fällen einer *c.i.c.* oder einer *deliktischen Täuschung* zu gewähren ist.³⁶ Hingegen ist nach ebenfalls gesicherter Rechtsprechung bei der Verletzung von Garantieansprüchen das sog. positive Interesse zu ersetzen.³⁷ Dies ergibt sich (eigentlich ganz einfach) schon daraus, dass der „zum Ersatz verpflichtende Umstand“ i.S. v. § 249 Abs. 1 BGB in beiden Fällen ein anderer ist³⁸ – im ersten Fall, dass getäuscht oder falsch informiert wurde, im zweiten, dass die Welt anders ist als sie sein sollte. Das von § 249 Abs. 1 BGB verlangte Durchspielen der Kausalitätskette führt im ersten Fall zur Gewährung eines Restvertrauensschadens, die wirtschaftlich einer Kaufpreisherabsetzung gleichkommt (weil der Käufer, wenn er nicht getäuscht worden wäre, einen niedrigeren Preis durchgesetzt hätte). Im zweiten Fall ist aber der Käufer nicht mehr so zu stellen als ob er nicht getäuscht worden wäre, sondern so *als ob die unrichtige Angabe richtig gewesen wäre*; die Welt ist nach dem ihm gegebenen Versprechen herzurichten.

Wirtschaftlich kann ein dramatischer Unterschied zwischen beiden liegen, namentlich dann, wenn die Durchführung des Vertrages bzw. die Garantiegemäßheit des Vertragsobjekts von hohem wirtschaftlichem Wert für den Käufer war. Das positive Interesse hält denjenigen, der den Mund zu voll genommen hat, daran fest. Es zeigt sich hier die Härte des „*Pacta sunt servanda*“. Wer nur das negative Interesse leisten muss, kann sich hingegen, wie der rechtzeitig erwischte Betrüger, gewissermaßen von seinem Versprechen hinwegschleichen; er muss nicht liefern. Nur wenn er schon durch seine Täuschungen *andere* Schäden verursacht hat, steht er dafür ein, so auch, wenn ein Käufer einen höheren Kaufpreis in Erwartung von etwas bezahlt, das er nicht erhalten wird.

Dies alles ist ganz schlüssig und klar – einer der Fälle, in denen sich ein Bogen von einem sozialphilosophischen Konzept, der Vertragsfreiheit, über die § 249 ff. BGB bis in eine detaillierte Dogmatik schlagen lässt. Dennoch wird die Differenz bisweilen geschleift. Geld ist Geld, so scheint es, – und daher als gleichgültig, ob ich einen Betrag zum Ausgleich eines mir geschuldeten, aber nicht gelieferten Unternehmenswertes oder als Kaufpreistrückzahlung bekomme. Dies ist aber nicht richtig.³⁹

Das OLG Frankfurt a.M. schwankt zunächst: „Der Schaden besteht ... in dem Minderwert, der Wertdifferenz zu dem hypothetisch erzielten Kaufpreis.“ Der erste Satzteil ist zutreffend „Der Schaden besteht ... in dem Minderwert ...“, wobei unter dem Minderwert, der Minderwert zu verstehen wäre, den die *erbrachte Leistung*, das gelieferte Unternehmen, gegenüber dem Soll-Wert besaß, den es bei Richtigkeit der Garantie gehabt hätte. Dieser Minderwert auf der Leistungsseite ist der Höhe nach durch eine nach § 249 Abs. 1 BGB oder § 4 Abs. 2 des Vertrages zu bemessene Zahlung und der Art und Weise nach „in Geld“ (so der Vertrag oder § 251 BGB) auszugleichen.

Im Ergebnis löst das OLG Frankfurt a.M. aber diesen Widerspruch in seiner Formulierung im Sinne des negativen Interesses auf: Als Schadensersatz wäre „der Käufer ... so zu stellen, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Unternehmenskaufvertrag zu einem *günstigen Kaufpreis abzuschließen*“.⁴⁰ Dies ist aber eine Formulierung, wie sie seit Jahrzehnten zur Begründung des Ersatzes des sog. negativen Interesses verwendet wird. Das kann aber nicht richtig sein.

V. Fazit

Das Urteil setzt sich mit drei zentralen Fragen im Zusammenhang mit Bilanzgarantien auseinander: Möglichkeit und Voraussetzungen einer sog. „harten Bilanzgarantie“, Ersatz des positiven oder negativen Interesses als Rechtsfolge einer Garantieverletzung und der Frage, ob die sog. Bilanzauffüllung sachdienlich bei der Bemessung des Schadensersatzes ist. Es ist bedauerlich, dass der BGH nicht die Gelegenheit erhalten wird,⁴¹ Stellung zu nehmen. Insgesamt zeigt die Entscheidung aber sehr deutlich, dass auch staatliche Gerichte zur Klärung des geltenden Rechts in den schwierigen Fragen von M&A-Transaktionen beitragen können – nur (leider) erhalten sie hierzu nur viel zu selten die Gelegenheit.

Dr. Gerhard H. Wächter, RA und Notar, ist Gründungspartner der Kanzlei Wächter Rechtsanwälte in Berlin. Seine Schwerpunkte bilden neben M&A-Transaktionen v. a. Gerichts- und Schiedsgerichtsverfahren bei Post-M&A-Streitigkeiten. Seit 2013 ist *Wächter* zudem Lehrbeauftragter an der Juristenfakultät der Universität Leipzig.



32 *Brand*, Schadensersatzrecht, 2010, S. 310.

33 Andere „klassische“ Fehler, zu denen die „Bilanzauffüllung“ führt sind Zahlungen für zu Unrecht nicht gebildete Rückstellungen (unabhängig davon, dass sich das Risiko nicht realisiert) oder für zu Unrecht nicht wertberichtigte Forderungen (unabhängig davon, dass diese später doch in voller Höhe eingehen).

34 S. aber auch schon Wächter, M&A-Litigation, 2. Aufl. 2014, Rn. 1217 ff., 1389 ff. und 1488 f. sowie *Elsing*, in: Schüppen u. a. (Hrsg.), FS Haarmann, 2015, S. 39 ff., 49 f.

35 Ausf. zu dieser Differenz sowie Nachweis der Rspr. *Wächter*, M&A-Litigation, 2. Aufl. 2014, Rn. 1217 ff., bei c. i. c. Rn. 1309 ff.

36 BGH, 18.3.1977 – I ZR 132/75, NJW 1977, 1538; BGH, 2.6.1980 – VIII ZR 64/79, NJW 1980, 2408, 2410; BGH, 8.12.1988 – VII ZR 83/88, NJW 1989, 1793; BGH, 11.2.1999 – IX ZR 352/97, BB 1999, 760, NJW 1999, 2032, 2034; BGH, 19.5.2006 – V ZR 264/05, BB 2006, 1650, ZIP 2006, 2046.

37 BGH, 10.2.1999 – VIII ZR 70/98, ZIP 1999, 607; BGH, 18.6.2001 – II ZR 248/99, BB 2001, 1806, ZIP 2001, 1496.

38 *Wächter*, NJW 2013, 1270, 1272. In diesem Sinne auch *Elsing*, in: Schüppen u. a. (Hrsg.), FS Haarmann, 2015, S. 49.

39 Ausführlich *Wächter*, M&A-Litigation, 2. Aufl. 2014, Rn. 1177 ff.; *Wollny*, DStR 2013, 2132 ff.; *Elsing*, in: Schüppen u. a. (Hrsg.), FS Haarmann, 2015, S. 49.

40 OLG Frankfurt a.M., 7.5.2015 – 26 U 35/12, BB 2016, 721, 724 (in diesem Heft).

41 Die Entscheidung ist rechtskräftig.