

Rechtsanwalt Dr. Gerhard H. Wächter\*

## Schadensrechtliche Probleme beim Unternehmenskauf: Naturalherstellung und Bilanzgarantien

In diesem Beitrag werden aus den zahlreichen ungeklärten schadensrechtlichen Fragen beim Unternehmenskauf (der Begriff umfasst hier Anteilskäufe und sonstige M&A-Transaktionen) zwei praktisch relevante Probleme herausgegriffen: zum einen die Frage nach der Möglichkeit einer Naturalherstellung nach § 249 I BGB bei Garantieverletzungen und zum anderen die Frage, inwieweit die Naturalherstellung bei Bilanzgarantien Bedeutung erlangen kann.

### I. Einleitung

#### 1. Ausgangspunkt

Bei Schadensbemessungen nach Unternehmenskäufen erweist es sich als nachteilig, dass die Rechtsprechung das dogmati-

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Notar in Berlin bei Wächter Rechtsanwälte.

sche und systematische Potenzial der §§ 249 ff. BGB nicht entfaltet, sondern in der Regel topisch bzw. kasuistisch argumentiert<sup>1</sup>. Da es auch nur wenige veröffentlichte Entscheidungen und kaum juristische Literatur zum Thema gibt<sup>2</sup>, steht die Konfliktpraxis schadensrechtlichen Problemen beim Unternehmenskauf ohne ein gesichertes Instrumentarium gegenüber. Die Situation wird weiter dadurch erschwert, dass zur Fallentscheidung häufig ein mindestens kategorielles Verständnis der Bewertung von Unternehmen nach dem Barwert ihrer geplanten Zukunftsüberschüsse erforderlich ist<sup>3</sup>. Bei genauerer Betrachtung erweist sich indessen, dass die §§ 249 ff. BGB erstaunlich geeignete Grundlagen für die Lösung schadensrechtlicher Fragen „post M&A“ bereithalten.

## 2. Schaden als Interesse

Das BGB sieht in § 249 vor, dass als Ersatz des Schadens das Interesse (*id quod interest, quanti interest*) ausgeglichen wird<sup>4</sup>. Die Anordnung, den Zustand herzustellen, der „bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“ (das ist der Ersatz des Interesses) bedeutet, dass gläubigerbezogen alle Folgen aufzuspüren und auszugleichen sind und dass Kausalitätsprobleme in das Zentrum des Schadensrechts rücken.

## 3. Vorrangige Naturalherstellung

§ 249 I BGB hat aber „Doppelcharakter“, indem er neben der Anordnung des Ausgleichs des Interesses – in denselben Worten – die Operationsanweisung für die *eine* von zwei Entschädigungsarten, nämlich für die Naturalherstellung<sup>5</sup>, enthält. Wenn und soweit diese zu gewähren ist, wird „das Interesse“ durch Schaffung eines gegenständlichen Zustands (als Gebrauchswert) befriedigt. Es wird nicht „nur“ der Wert des Interesses ersetzt (als Tauschwert). Die Naturalherstellung ist unabhängig davon möglich und geschuldet, ob ein Vermögens- oder Nichtvermögensschaden vorliegt, also auch dann, wenn ein Gesamtvermögensvergleich keinen Differenzschaden auswirft (wenn ein Gebäude blau sein soll, können die Kosten des Neuanstrichs verlangt werden, auch wenn es grün nicht weniger wert ist)<sup>6</sup>. Die Naturalherstellung kann durch den Schuldner selbst oder durch „Zahlung des dazu erforderlichen Geldbetrags“ (Kostenersatz)<sup>7</sup> erfolgen.

Die „Herstellung in Natur“ ist nicht auf körperliche Dinge und erst recht nicht auf natürliche beschränkt. Sie umfasst neben einer körperlichen Reparatur von Sachen oder Ersatzbeschaffung (*restitutio in genere*)<sup>8</sup> auch die Herstellung von Rechtslagen, zum Beispiel durch Erlass oder Freistellung von Verbindlichkeiten, Abschluss, Aufhebung, Rückabwicklung (etwa bei den §§ 37 b, 37 c WpHG und § 826 BGB) sowie Änderung von Verträgen und die Anpassung von Preisen<sup>9</sup>, daneben Realakte (etwa den Widerruf von Äußerungen<sup>10</sup> oder eine für die Erlangung einer Forderung gegen die Bank nicht konstitutive Verbuchung eines Kontoguthabens<sup>11</sup>).

Es muss nicht der identische Zustand hergestellt werden („der bestehen würde“), sondern es reicht ein „wirtschaftlich gleichwertiger Zustand“<sup>12</sup> aus. Insbesondere steht das (unvermeidliche) Verstreichen von Zeit zwischen Beschädigung und Reparatur der Naturalherstellung nicht entgegen. Hier bleiben Fragen: Ist das Wiederauffüllen einer Kasse nach einem Diebstahl noch Naturalherstellung<sup>13</sup>? Wie ist es, wenn bis zur Reparatur einer Maschine Gewinne entgingen<sup>14</sup>? Und liegt noch eine Naturalherstellung darin, dass ein Kauf durch A von B gegenüber C rückabgewickelt wird (etwa erneut in den Fällen der §§ 37 b, 37 c WpHG und § 826 BGB, wo der irreführende Anleger einen Anspruch gegen die täuschende Gesellschaft/das Organ auf Rückzahlung des an einen Dritten gezahlten Kaufpreises gegen Übertragung des Anteils haben soll)<sup>15</sup>? Noch problematischer – und bei Bilanzgarantien von erheblicher Bedeutung – ist, inwieweit eine Naturalherstellung eines hypothetischen Bilanzzustands möglich ist.

## 4. Subsidiäre Wertentschädigung

Die Wertentschädigung nach § 251 I BGB ist subsidiär gegenüber der Naturalherstellung; der Vorrang ergibt sich aus „Soweit ... nicht“ in § 251 I BGB oder aus § 251 II BGB. Dabei bleibt die Höhe der Wertentschädigung an die Vorgabe des Ausgleichs des Interesses in § 249 I BGB gebunden<sup>16</sup>. Sie ist als Einbuße an Vermögenswert (Wertsummendifferenz) zu berechnen, die zwischen der schadensbehafteten und hypothetischen, schadensfreien Gesamtvermögenslage besteht.

## 5. Generelle Geltung der §§ 249 ff. BGB bei Schadensersatz

Häufig wird angenommen, dass die §§ 249 ff. BGB für alle Fälle des Schadensersatzes gelten, unabhängig davon, ob aus Delikt, vorvertraglich oder vertraglich gehaftet wird<sup>17</sup>. Dem ist zuzustimmen. Dann dürfte es keinen Unterschied machen, ob bei der vertraglichen Haftung der „Zuführungsweg“ in einem Mangelrecht des Besonderen Schuldrechts beginnt (z. B. §§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB), die §§ 280–283 BGB direkt anzuwenden sind, oder ob die §§ 280–283 BGB möglicherweise, bei selbstständigen Garantien, nicht einmal benötigt und „übersprungen“ werden. Der „Landeanflug“ müsste immer derselbe sein und es müssten sich am Schluss der

- 1 Vgl. Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des SchadensR, 1981, S. 157, 158 f.; Staudinger/Schiemann, BGB, Neubearb. 2005, Vorb. zu §§ 249 ff. Rdnr. 42; Oetker, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 249 Rdnr. 22. Kolb sprach schon 1890 von dem SchadensR wenig schmeichelhaft als einem „briertigen Gemenge“ (AcP 76 [1890], 28 – zit. nach Wagner, Karlsruher Forum 2006, S. 5 ff., 40).
- 2 S. allerdings Wächter, M&A Litigation, 2012, Rdnrn. 870–1167; Melkert, BB 2012, 1667; Paefgen, DZWIR 1997, 177; Derains/Kreindler (Ed.), Evaluation of Damages in International Arbitration, 2006; Hilgard, ZIP 2005, 1813; Kiethe, DStR 1995, 1756.
- 3 Grundlegend und gut lesbar: IDW Standard „Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen“ (IDW S 1) und als Monografie Wollny, Der objektivierte Unternehmenswert, 2. Aufl. (2010).
- 4 Staudinger/Schiemann (o. Fußn. 1), § 249 Rdnr. 1; Schwerdtner, Jura 1987, 142 (144 li. Sp.).
- 5 Es wird der Begriff Naturalherstellung bevorzugt, weil das „re“ in Naturalrestitution in die Irre führen kann, s. Wächter (o. Fußn. 2), Rdnrn. 977 ff., insb. 980 sowie 963 Fußn. 104. Zur Herkunft der Naturalherstellung Jansen, in Historisch-kritischer Komm. (HKK-BGB), 2007, §§ 249–253, 255 Rdnrn. 16, 17, 21 f. sowie Wolter, Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB, 1985, S. 16 f.
- 6 Vgl. Oetker, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 1), § 249 Rdnr. 321.
- 7 Begriff bei Medicus, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl. (2010), § 250 Rdnr. 2. Die Kostenerstattung ist eine besondere Art des Herstellungsanspruchs (BGHZ 5, 105 = NJW 1952, 619; BGHZ 30, 29 [30] = NJW 1959, 1078; Alff, in: RGRK, 12. Aufl. [1976] § 249 Rdnr. 11).
- 8 Die *restitutio in genere* ist Naturalherstellung (BGHZ 102, 322 [325 ff.] = NJW 1988, 1835; BGHZ 66, 239 [244 f., 248 f.] = NJW 1976, 1396).
- 9 Vgl. Teichmann, in: jurisPK-BGB, 6. Aufl. (2012), § 249 Rdnr. 85 m. w. Nachw.
- 10 Teichmann, in: jurisPK-BGB (o. Fußn. 9), § 249 Rdnr. 88 m. w. Nachw.
- 11 BGH, NJW 1994, 2357 (2359).
- 12 Palandt/Grüneberg, 72. Aufl. (2013), § 249 Rdnr. 2; Oetker, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 1), § 249 Rdnrn. 325 f.
- 13 Schiemann meint, dass sich dann §§ 249 und 251 BGB „decken“ würden (Staudinger/Schiemann [o. Fußn. 1], § 249 Rdnr. 190, § 251 Rdnr. 2).
- 14 Dafür, dass Ersatz von Verzögerungsschäden nur als Wertentschädigung möglich ist Steckler, BB 1995, 469 (471 li. Sp. Mitte).
- 15 So Wagner, ZGR 2008, 495 (509 f.) m. w. Nachw.
- 16 Wagner, ZGR 2008, 495 (520): „Obwohl dieser Maßstab in § 249 I lediglich für die Naturalrestitution normiert worden ist, gilt er für die Berechnung des Wertersatzes gleichermaßen.“ Ähnlich Magnus, Schaden und Ersatz, 1987, S. 29: „Der Schaden ist in vollem Umfang und er ist primär in natura auszugleichen.“
- 17 Medicus, in: Prütting/Wegen/Weinreich (o. Fußn. 7), Vor §§ 249 bis 255 Rdnr. 2; Schubert, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. (2007), § 249 Rdnr. 4; Erman/Ebert, BGB, 12. Aufl. (2008), Vorb. §§ 249–253 Rdnr. 4.

Urteile ähnliche Erörterungen zu den § 249 ff. BGB finden, was in der Praxis leider nicht oft vorkommt.

## 6. Einsatz/Gebrauchswertseite und Ergebnis/Tauschwertseite

Gerade bei Investitions- bzw. Kapitalgütern bewährt sich die Unterscheidung zwischen Naturalherstellung und Wertentschädigung<sup>18</sup>. Die Naturalherstellung kann gedanklich der „Einsatzseite“ einer Investition in Gebrauchswerte und die Wertentschädigung der „Ergebnisseite“, dem Rückfluss in Tauschwerten (Geld), zugeordnet werden. Man könnte die §§ 249 I und 251 I BGB im Sinne der Wirtschaftswissenschaft auf „cost“ und „value“ beziehen. Sie zeigen eine bemerkenswerte Affinität zu ökonomischen Fundamentalkategorien.

Bei jeder Investition wird ein Geldbetrag, das vorhandene oder geliehene Kapital, in eine andere sachliche bzw. Gegenständlichkeit umgewandelt, zum Beispiel durch Kauf eines Unternehmens. Danach sind die Gebrauchswerte konkretgegenständlichen Gefährdungen ausgesetzt. Sie können unter Umständen nicht so sein oder bleiben, wie sie sein sollen, und nur „konkret-gegenständlich“ repariert oder ersetzt werden. Die Naturalherstellung besteht vor allem darin, dass der Schädiger „den dazu erforderlichen Geldbetrag“ (§ 249 II 1 BGB) zur Verfügung stellt. Der Schadensersatzstrom ersetzt hier eine abfließende, infolge des schädigenden Eingriffs zusätzlich erforderlich gewordene (Re-)Investition.

Die Wertentschädigung nach § 251 I BGB knüpft gedanklich an eine spätere Phase des Kapitalkreislaufs, das (unter Umständen hypothetische) Ergebnis der nächsten Runde eines „Versilberungsvorgangs“ an. Würde die Beeinträchtigung nicht in der konkret-gegenständlichen „Phase der Gebrauchswerte“ repariert, so wird der zurückfließende Zahlungsstrom nämlich gemindert sein – und der Wertentschädigungsstrom füllt den ausgebliebenen oder verminderten Rückfluss in Geld bis zu dem hypothetischen Betrag auf.

## 7. Positives und negatives Interesse

Obwohl in der Folge das Begriffspaar „positives“ und „negatives Interesse“ zu Zwecken der Klassifikation verwendet wird, soll darauf hingewiesen werden, dass seine dogmatische Leistungsfähigkeit und instruktive Bedeutung gering ist. Wenn der jeweils „zum Ersatz verpflichtende Umstand“ in § 249 I BGB „eingesetzt“ wird, führt schon allein seine Anweisung, „den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“, zielsicher zu dem zu ersetzenden Interesse. Der Begriff des „positiven Interesses“ drängt sich nicht in diese Subsumtion hinein. Der Gedankengang ist nicht: Es wurde eine Pflicht zur Erfüllung eines Vertrags verletzt. Also ist das positive Interesse zu ersetzen – worauf eine Exegese des „positiven Interesses“ folgt. Sondern es ergeben sich alle Einzelheiten der Ersatzleistung aus den nach § 249 I BGB anzustellenden Kausalitätsüberlegungen.

## 8. Naturalherstellung/Wertentschädigung bei positivem/negativem Interesse

Aus den beiden Entschädigungsarten der §§ 249 I und 251 I BGB und der Aufteilung des Interesses in ein „positives“ und ein „negatives“ folgen vier Kombinationen. Entgangener Gewinn kann überall anfallen, ohne Unterschied, ob das negative oder das positive Interesse zu ersetzen ist<sup>19</sup>; der Schadensersatz kann sogar nur aus entgangenem Gewinn bestehen<sup>20</sup>.

Naturalherstellung des negativen Interesses	Wertentschädigung des negativen Interesses
Naturalherstellung des positiven Interesses	Wertentschädigung des positiven Interesses

## II. Naturalherstellung bei Garantieverletzungen

### 1. Unklarheiten in Rechtsprechung und Literatur

Die Frage, ob der Garantiegläubiger bei Aussagegarantien in Unternehmenskaufverträgen auch Naturalherstellung verlangen kann (also, ob das untere linke Kästchen in der Matrix möglich ist), scheint auf den ersten Blick leicht im positiven Sinne zu beantworten sein: Wie schon eingangs erwähnt, ist die Vorgabe des Ausgleichs des Interesses nicht auf die Wertentschädigung beschränkt. *Mommßen* bildet hierzu etwa das Beispiel, bei einem Diebstahl oder Raub mache „die Restitution der entwendeten oder gewaltsam erworbenen Sache den hauptsächlichsten Theil der Leistung des Interesses“ aus<sup>21</sup>. An anderer Stelle formuliert er abstrakt: „So gehört es nicht zum Begriff des Interesses, dass eine Schätzung erfolge und ebenso wenig ist es nöthig, dass das Interesse ausschließlich in Geld bestehe.“<sup>22</sup> Es kommt hinzu, dass die Naturalherstellung sogar gegenüber der Wertentschädigung vorrangig ist. Gleichwohl ist die Möglichkeit der Naturalherstellung bei Aussagegarantien in der Rechtsprechung und Kommentarliteratur nicht gesichert. Die Frage ist praktisch relevant: Wenn die Folgeschäden, etwa entgangene Gewinne, gering sind, genügt für den Käufer unter Umständen die Geltendmachung von Herstellungskosten und möchte er schwierige Bewertungsfragen vermeiden. Die Frage lautet also: Kann ein Käufer, wenn eine Garantie zum Beispiel der Funktionsfähigkeit der Maschine verletzt ist, etwa beim Share Deal die Kosten für eine Reparatur oder eine Ersatzmaschine verlangen?

### 2. Hinweise auf Möglichkeit der Naturalherstellung

In zwei Fällen, in denen der *BGH* systematisch argumentiert, äußerte er mit großer Eindeutigkeit: „Der Umfang der Schadenshaltung bestimmt sich nach den Grundsätzen des Schadensrechts. Danach finden die §§ 249 f. BGB auf die Garantieverpflichtung Anwendung.“<sup>23</sup> Der Garantieschuldner habe „den Gläubiger so zu stellen, als ob der garantierte Erfolg eingetreten oder der Schaden nicht entstanden wäre“<sup>24</sup>. Die Erwähnung der beiden Alternativen spricht dafür, dass auch bei Garantien der Dualismus von Naturalherstellung und Wertentschädigung Platz greift<sup>25</sup>. Entsprechend müssten auch die üblichen schadensrechtlichen Subsidiaritätsregeln – § 251 I und II BGB – und ein Vorrang der Naturalherstellung gelten.

Ähnlich systematisch ist der *BGH* vorgegangen, wenn nach § 635 BGB der Besteller das Bauwerk behielt und „kleinen Schadensersatz“ wählte oder das Bauwerk zur Verfügung stellte und den „großen Schadensersatz“ verlangte, indem er

18 Der Ausdruck „Geldentschädigung“ sollte vermieden werden, weil er verschweigt, ob die Zahlung nach den Kosten der Naturalherstellung (§ 249 II oder § 250 BGB) oder danach bemessen wird, welcher Betrag zum Ausgleich der entstandenen Wertdifferenz i. S. von § 251 BGB erforderlich ist, vgl. hierzu *Wächter* (o. Fußn. 2), Rdnrn. 991, 1002 f., 1099 f.

19 *Schubert*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 17), § 252 Rdnr. 1; *Steckler*, BB 1995, 469 (470 li. Sp. Mitte); *Mohr*, Jura 2010, 327 (329 re. Sp. unten); *OLG Celle*, Urt. v. 24. 2. 2004 – 16 U 155/03, BeckRS 2013, 04242 Rdnr. 19 (bei einem rechtswidrigen Verbot von „Oberstufenpartys“).

20 *Mommßen*, Beiträge zum ObligationenR, Zweite Abtheilung, Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S. 12.

21 *Mommßen* (o. Fußn. 20), S. 12.

22 *Mommßen* (o. Fußn. 20), S. 14.

23 *BGH*, NJW 1999, 1542 (unter II 4); ähnl. NJW-RR 2001, 1611 (unter II 1).

24 *BGH*, NJW-RR 2001, 1611 (unter II 1) und NJW 1999, 1542 (unter II 4).

25 In *BGH*, NJW 1999, 1542 (unter II 4), wendet der *BGH* auch § 250 II BGB an.



über den Einwand, dass der geforderte Mehraufwand für die Reparatur des behaltene oder die Herstellung eines neuen Werks unverhältnismäßig sei, „in entsprechender Anwendung“ von § 251 II BGB entschied<sup>26</sup>; es wäre wohl auch eine direkte Anwendung möglich gewesen.

### 3. Hinweise auf alleinige Zulässigkeit der Wertentschädigung

In anderen Fällen finden sich allerdings Formulierungen, die den Eindruck erwecken könnten, bei Ersetzung des positiven Interesses, oder jedenfalls wenn der „Zuführungsweg“ § 325 BGB a. F. oder §§ 280 f. BGB n. F. ist, komme generell keine Naturalherstellung, sondern nur eine Wertentschädigung in Betracht<sup>27</sup>. Bisweilen „springt“ die Rechtsprechung auch – ohne sich mit der Frage zu befassen, wieso der Vorrang des § 249 I BGB außer Kraft gesetzt sein soll – zu § 251 BGB<sup>28</sup>.

### 4. Kommentierung kontra Möglichkeiten einer Naturalherstellung

Die Literatur bietet kein klares Bild. In der Kommentierung von *Grüneberg* im *Palandt*, die exemplarisch herausgegriffen wird, findet sich etwa die Aussage:

„Wird aus einem Rechtsgeschäft, insbesondere aus Vertrag, wegen Nichteinhaltung einer Leistungspflicht auf Schadensersatz gehaftet, so ist grundsätzlich das volle Erfüllungsinteresse zu ersetzen; der Gläubiger ist so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte (BGH, NJW 1998, 2902). Dieser „Schadensersatz statt Leistung“ (§§ 281, 283 BGB) geht entgegen § 249 I BGB in der Regel auf Leistung von Geld (BGH, NJW 1994, 2480, § 281 Rdnr. 17).“<sup>29</sup> (Hervorhebung durch Autor)

Auch hier wird die eigentlich vorrangige Entschädigungsart, eingeständenermaßen *contra legem* („entgegen § 249 I BGB“), ins Abseits gestellt. Eine Begründung liegt allenfalls in der Erwähnung von „Schadensersatz statt Leistung“ und der §§ 281, 283 BGB.

Die zitierte Entscheidung BGH, NJW 1994, 2480 betrifft aber Schadensersatz nach § 326 BGB a. F. durch einen Grundstücksverkäufer in Höhe der Differenz zwischen dem bei einem Erstverkauf vereinbarten Kaufpreis und dem bei einem Zweitverkauf realisierten niedrigeren Kaufpreis. Hier konnte von vornherein nur eine Geldzahlung in Höhe der Differenz in Betracht kommen.

Schlägt man das Eigenzitat nach<sup>30</sup>, so heißt es dort, bei einem Anspruch auf das positive Interesse sei der Gläubiger so zu stellen,

„wie er stehen würde, wenn der Schuldner den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte (BGH, NJW 1998, 2901). Der Anspruch geht in der Regel auf Geld, kann aber *ausnahmsweise auch auf Beschaffung von gleichwertigen Ersatzsachen* gerichtet sein (BGH, WM 1971, 1414).“ (Hervorhebung durch Autor)

Auch dies bestätigt also nicht, dass bei dem „positiven Interesse“ immer Wertentschädigung nach § 251 I BGB zu leisten ist; es wird nur der gesetzliche Vorrang der Naturalherstellung – erneut ohne Begründung – in einen Vorrang der Wertentschädigung umgekehrt; die „Beschaffung von gleichwertigen Ersatzsachen“ ist nämlich Naturalherstellung<sup>31</sup>.

### 5. Kommentierung pro Möglichkeit einer Naturalherstellung

An anderer Stelle finden sich bei *Grüneberg* freilich Ausführungen, die für die Möglichkeit einer Naturalherstellung sprechen. So sagt er, im Falle einer selbstständigen Garantie stünden dem Käufer die in der Garantie bestimmten Ansprüche zu<sup>32</sup> und eine selbstständige Garantie bewirke die verschuldensunabhängige Übernahme der Haftung für einen

künftigen Schaden<sup>33</sup>. Bei der Behandlung von Garantien der Richtigkeit von Auskünften heißt es, dass der Schuldner den Gläubiger so stellen müsse, als ob der garantierte Erfolg eingetreten wäre – was als Naturalherstellung verstanden werden könnte. Allerdings wird im Anschluss ein Schaden umstandslos (nur) als „Differenz zwischen der tatsächlichen Vermögenslage und der Vermögenslage, die bei Einhaltung der Garantiezusage bestehen würde“ bezeichnet<sup>34</sup>.

### 6. Gewährung des positiven Interesses durch Naturalherstellung

Richtigerweise sollte bei Garantieverletzungen das positive Interesse durch Naturalherstellung gewährt werden können:

a) Dafür spricht zunächst, dass keine Rechtfertigung ersichtlich ist, warum die proklamierte generelle Anwendbarkeit der § 249 ff. BGB auf alle Fälle von Schadensersatz außer Kraft gesetzt werden sollte<sup>35</sup>.

b) Es ist sodann nicht ersichtlich, wie, wenn die §§ 281, 283 BGB anwendbar wären, sich hieraus eine Abänderung der § 249 ff. BGB und des Vorrangs der Naturalherstellung ergeben könnte. § 281 I 1 und § 283 III BGB ordnen als Rechtsfolge „Schadensersatz statt der Leistung“ an. Das „statt der Leistung“ sagt, dass die Leistung nicht zusätzlich zu dem Schadensersatz verlangt werden kann. Über das, was zu leisten ist – Schadensersatz – wird aber überhaupt nicht gesprochen und es wird also das allgemeine Schadensrecht nicht modifiziert. Vor allem: Setzt man die Unrichtigkeit einer Garantieaussage als den „zum Ersatz verpflichtenden Umstand“ in § 249 I BGB ein, wird man geradewegs zur Naturalherstellung eben dieses positiven Interesses – an der Richtigkeit der Garantieaussage – geführt. Ein Grund, warum im „Schadensersatz statt der Leistung“ der Schadensersatz auf § 251 I BGB verkürzt sein sollte, ist nicht ersichtlich.

c) Schließlich ist fraglich, ob die §§ 280–285 BGB für selbstständigen Garantien überhaupt gelten. § 280 I BGB sowie die hieran angeschlossenen §§ 280 III und 281 sowie § 283 BGB setzen voraus, dass der Schuldner eine „Pflicht“ aus einem Schuldverhältnis „verletzt“ (§ 280 I 1 Halbs. 1 BGB). Die typischen selbstständigen Garantien in Unternehmenskaufverträgen sind aber bloße Aussagengarantien, durch die der Garantiegeber zwar für einen Erfolg – die Richtigkeit der Aussage, genauer: einen der Aussage entsprechenden Zustand – einzustehen hat<sup>36</sup>. Aber der Garantiegeber unterlag keiner zeitlich vorgelagerten primären Leistungspflicht zur Herstellung des der Aussage entsprechenden Zustands „in Natur“. Wenn die erste und einzige durch die Aussagegaran-

26 Vgl. BGH, NJW 2006, 2912 (unter II 2, 3 a) m. w. Nachw.

27 BGH, NJW-RR 2005, 1534 = MDR 2006, 79 (80 re. Sp. oben). Auch die Entscheidung BGH, NJW-RR 2006, 1185 = GmbHR 2006, 1042 (1044 li. Sp. oben) = ZIP 2006, 1351, könnte in Passagen so gelesen werden, als ob der BGH eine Naturalherstellung bei Garantieverletzungen nicht in Betracht ziehe.

28 OLG Düsseldorf, OLG-Report 2001, 268 (271) = BeckRS 2002, 02183.

29 Bei *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 12), § 249 Rdnr. 16. Ähnlich *Erman/Ebert* (o. Fußn. 17), § 249–255 Rdnr. 17: „Während das positive Interesse ... die Regel und auf Schadensersatz in Geld entsp. § 249 II gerichtet ist.“ Vgl. auch *Staudinger/Schiemann* (o. Fußn. 1), § 249 Rdnr. 48.

30 *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 12), § 281 BGB Rdnr. 17.

31 BGHZ 102, 322 (325 ff.) = NJW 1988, 1835; BGHZ 66, 239 (244 f., 248 f.) = NJW 1976, 1396.

32 *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 12), § 443 Rdnr. 21.

33 *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 12), § 443 Rdnr. 4.

34 *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 12), § 249 Rdnr. 18.

35 In diesem Sinne auch *Staudinger/Schiemann* (o. Fußn. 1), § 249 Rdnr. 180 zur BGH-Rspr. zu § 635 und m. Nachw. z. Streitstand.

36 *Wächter* (o. Fußn. 2), Rdnrn. 354 f.

tie begründete Leistungspflicht indessen diejenige ist, Schadensersatz zu leisten, wenn die Garantieaussage falsch ist, folgt die Schadensersatzhaftung unmittelbar aus der Garantie und bedarf nicht eines vorherigen „Durchgangs“ durch die § 280 ff. BGB. Man könnte auch mit *Mommssen* sagen, dass das Interesse „ursprünglicher Gegenstand einer Obligation“ ist und nicht nur ihr „nachfolgender Gegenstand“<sup>37</sup>. Die § 280 ff. BGB können also dem Schadensersatz nicht einen solchen „Spin“ mitgeben, dass die Haftung nur noch auf die zweite Entschädigungsart ginge.

d) *Oetker*<sup>38</sup> und *Schiemann*<sup>39</sup> bringen zum Ausdruck, dass irgendwann der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen sei und dass dies dann der Herstellung etwa eines Werks nach § 249 BGB entgegenstehe. Freilich führen sie nicht aus, wann und aus welchem Rechtsgrund dies so sein soll<sup>40</sup>. Auch ist keineswegs ersichtlich, warum ein vorhergegangenes Misslingen etwa einer gegenständlichen Herstellung das Ende einer Lösung auf einer gegenständlichen Ebene überhaupt bedeuten muss. Selbst bei Vertragstypen mit einem spezifischen „Mangelrecht“, beispielsweise dem Kauf- oder Werkvertrag, ist denkbar, dass der Gläubiger auch noch nach Fehlschlagen der Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 bzw. 634 Nr. 1, 635 BGB) ein fortdauerndes Interesse an der gegenständlichen Herstellung der geschuldeten Veränderung der Welt hat. Die §§ 249, 250 BGB ermöglichen ihm, nunmehr auf dem Wege des Schadensersatzes einen Dritten einzuschalten, der die Sache liefert oder repariert. Vor allem ist der Garantievertrag ein Vertragstypus, der kein Mangelrecht besitzt. Es gibt also zum Beispiel keinen vorgeschalteten Anspruch auf Ersatz der Kosten der Selbstvornahme nach §§ 634 Nr. 2, 637 BGB, der § 249 I BGB verdrängen könnte.

e) Dass eine Naturalherstellung bei Garantieverletzungen aus Sicht des Verkehrs sinnvoll ist, zeigt sich übrigens daran, dass sie in fast allen vertraglichen Rechtsfolgenklauseln in M&A-Verträgen<sup>41</sup> als vorrangig ausgestaltet wird.

## 7. Dreiecksprobleme

Eine Garantie wird gegenüber dem Käufer abgegeben; dann ist er Gläubiger und in der Regel sein Schaden maßgeblich. Kann er beim Share Deal bzw. Anteilskauf als Naturalherstellung eine Maßnahme verlangen, die körperlich oder rechtlich am Vermögen der Gesellschaft erfolgt? Dies dürfte sich zumeist aus einer vertraglichen Rechtsfolgeklausel ergeben. Meines Erachtens wäre, wenn es keine solche Klausel gibt, dasselbe Ergebnis mit einer zulässigen Drittschadensliquidation zu begründen, wobei vorauszusetzen ist, dass die Gesellschaft zustimmt, da sonst die Herstellung unmöglich ist<sup>42</sup>. Hier ist allerdings Vieles unklar und ungesichert<sup>43</sup>.

## 8. Zwischenergebnis

Als erstes Ergebnis sollte also anerkannt werden, dass auch bei Garantieverletzungen grundsätzlich und vorrangig Schadensersatz als Naturalherstellung verlangt werden kann.

## III. Naturalherstellung und Bilanzgarantien

### 1. Unklare Rechtsfolge bei unrichtiger Bilanzgarantie

Bilanzgarantien gehören zum „Ur-Inventar“ bei Unternehmenskäufen. Weil sie aber notorisch zielungenau sind<sup>44</sup>, beginnt das Stirnrnzeln, sobald eine garantierte Bilanz falsch war. Wie soll nun der Schadensersatz dogmatisch hergeleitet und wie bemessen werden? Der Anspruch geht sicher dahin, dass der Zustand herzustellen ist, als ob die Bilanz richtig gewesen wäre, genauer dahin, als ob die „außenweltlichen“ relevanten Umstände so gewesen wären, dass die tatsächlich

erfolgte Bilanzierung nach dem anwendbaren Bilanzrecht richtig gewesen wäre; das ist das „positive Interesse“. Aber wird Naturalherstellung nach § 249 I BGB oder Wertentschädigung nach § 251 I BGB gewährt? In welchem Kästchen der Matrix bewegt sich die Lösung, links oder rechts unten? Und wie ist der Betrag des zu ersetzenden Interesses zu bestimmen?

Diese Fragen werden für folgende Fälle erörtert: Eine Maschine mit einem Bilanzwert von 1 Mio. Euro ist defekt und wäre auf einen Restwert von 200 000 Euro abzuschreiben. Eine Forderung, die in Höhe von 52 010,55 Euro aktiviert wurde, ist bereits bezahlt. Eine Rückstellung für ein Prozessrisiko von 250 000 Euro wurde zu Unrecht nicht gebildet. Unfertige Erzeugnisse wurden in Höhe von 500 000 Euro vorschnell gewinnrealisierend aktiviert.

Bei Unrichtigkeit der garantierten Bilanz sollen die §§ 249 ff. BGB oder analoge vertragliche Regeln gelten. (Wenn vereinbart ist, dass bei einer Bilanzunrichtigkeit einfach der Kaufpreis um die Eigenkapitalminderung reduziert wird, stellen sich keine schadensrechtlichen Fragen mehr.<sup>45</sup>)

### 2. Wirtschaftliche Unangemessenheit der „Bilanzauffüllung“

Auf die Unrichtigkeit einer Bilanz um einen bestimmten Betrag wird häufig mit dem Impuls reagiert, eben diesen Betrag als Schaden durch Barzahlung zu ersetzen. Das so geschaffene Kassen- oder Bankguthaben neutralisiert dann, das ist die Idee, die durch die falsche Bilanzierung verschleierte Eigenkapitalminderung, indem entweder einer zu Unrecht erfolgten Aktivierung eine Rechtfertigung „nachgeschoben“ oder indem eine zu Unrecht unterlassene Passivierung, nachdem sie nachgeholt wurde, durch eine Gegenposition ausgeglichen wird. Es soll zunächst gezeigt werden, dass die Gewährung von Schadensersatz in Höhe des nominalen Betrags der Bilanzunrichtigkeit nur in Sonderfällen zu sinnvollen, aber überwiegend zu unsinnigen und nicht gerechtfertigten Ergebnissen führt.

a) Die „Bilanzauffüllung“ trifft wirtschaftlich das Ziel nur dann weitgehend bzw. verfehlt es nicht grundsätzlich, wenn eine Cash-Position oder eine definitiv werthaltige Forderung oder ein versilberbarer Gegenstand des nichtbetriebsnotwendigen Vermögens zu Unrecht aktiviert oder eine zu einem definitiven Abfluss führende Schulddisposition zu Unrecht nicht passiviert wurde. Selbst dann bleibt der Bilanzauffüllungsansatz unvollständig, indem er Folgeschäden, die auf Grund eines Gesamtvermögensvergleichs nach §§ 249 I, 251 I BGB im Laufe der Zeit sichtbar würden, nicht in den Blick zu nehmen vermag.

37 Vgl. *Mommssen* (o. Fußn. 20), S. 6, 8.

38 *Oetker*, in: *MünchKomm-BGB* (o. Fußn. 1), § 249 Rdnr. 356.

39 *Staudinger/Schiemann* (o. Fußn. 1), § 249 Rdnr. 180.

40 Die von *Oetker*, in: *MünchKomm-BGB* (o. Fußn. 1), § 251 Rdnr. 6 erwähnten §§ 281 IV und 839 BGB können einer Garantiehaftung auf das positive Interesse nicht entgegenstehen.

41 Vgl. z. B. *Ettinger/Jaques*, Beck'sches Hdb. Unternehmenskauf im Mittelstand, 2013, Share Deal I Nr. 8.8.

42 Vgl. *Oetker*, in: *MünchKomm-BGB* (o. Fußn. 1), § 251 Rdnr. 6 m. w. Nachw.

43 S. *Karsten Schmidt*, *GesellschaftsR*, 4. Aufl. (2002), § 40 III 4; *Roth/Altmeyen*, *GmbHG*, 7. Aufl. (2013), § 13 Rdnrn. 149 f.; *Oetker*, in: *MünchKomm-BGB* (o. Fußn. 1), § 249 Rdnrn. 280 f., *Staudinger/Schiemann* (o. Fußn. 1), Vorb. zu § 249 ff. Rdnrn. 67 ff.

44 Die Logik des Bilanzrechts ist eine andere als die Logik des Unternehmenswerts, vgl. *Wächter* (o. Fußn. 2), Rdnrn. 894 f.

45 Die Sachgemäßheit einer Kaufpreisreduzierung um die Eigenkapitalminderung bleibt weiterhin fraglich, vgl. *Wächter* (o. Fußn. 2), Rdnrn. 894 f.



b) Welche Unternehmenswertminderung würde aus einem um 800 000 überhöhten Ansatz für eine defekte Maschine im Eingangsbeispiel folgen? Der Defekt der Maschine hätte eine erhebliche Auswirkung auf den Ausstoß, Umsatz und das Ergebnis des Unternehmens sowie seinen Wert; aber ebenso sicher entspräche die Unternehmenswertminderung nicht der Buchwertdifferenz auf Grund der unterbliebenen Abschreibung. Er entspräche nicht einmal der Minderung des Verkehrswerts der Maschine oder der Reparaturkosten<sup>46</sup>.

c) Auch bei der zu Unrecht nicht passivierten Rückstellung von 250 000 Euro kann nicht aus der Bilanzunrichtigkeit allein auf eine Unternehmenswertminderung in gleicher Höhe geschlossen werden. Wenn sich das nicht passivierte Risiko nicht verwirklicht – weil etwa der Prozess gewonnen wird –, fließt kein Geld ab. Die Bilanz bleibt unrichtig, aber der Unternehmenswert wurde durch den nicht passivierten Umstand nicht gemindert<sup>47</sup>. Wenn der Gläubiger dennoch den zu Unrecht versprochenen „Mehr-Buchwert“ in bar erhielt, stünde er besser da als bei Richtigkeit der Garantieaussage. Das kann nicht sein. Nur wenn der Prozess verloren wird, ist das Unternehmen (mindestens) um den Barwert des verschwiegenen Risikos weniger wert. Dann ist der Schaden aber nicht die Bilanzunrichtigkeit, sondern die Zahlung an den Prozessgegner (ggf. zuzüglich von Folgeschäden).

d) Wenn eine Forderung in Höhe von 52 010,55 Euro zu Unrecht aktiviert wurde, wie in einem Fall des *OLG München*<sup>48</sup>, ist die Situation analog zu sehen: Ein Unternehmen ist nicht schon deshalb um den Betrag einer Forderung mehr wert, weil diese bilanzrechtlich zulässigerweise eingebucht werden durfte. Der Ansatz einer Forderung in der Bilanz bedeutet nur, dass die bilanzrechtlichen Voraussetzungen für ihre Aktivierung – ihr rechtliches Bestehen, die Erbringung der eigenen Leistung und das Fehlen von bekannten Gründen für eine Teilwertberichtigung – vorliegen. Durch die Garantie der Richtigkeit der Bilanzierung übernimmt der Schuldner im Fall des Nichtbestehens der Forderung – wie im Fall ihres Bestehens – daher nicht das Adressen- bzw. Bonitätsrisiko und er steht nicht dafür ein, dass die Forderung zur Einzahlung wird. Das Kausalitätskriterium in § 249 I BGB bewirkt entsprechend, dass der Schuldner für die unrichtige Garantieaussage nur dann durch Zahlung des Forderungsbetrags (und ggf. zusätzlich für Folgeschäden) Ersatz leisten muss, wenn die bilanzierte Forderung als Zufluss in die hypothetische Gesamtvermögensaufstellung einzustellen gewesen wäre; praktisch bedeutet dies, dass der Einwand des Schuldners, der Bilanzierungspflichtige wäre mit der Forderung ausgefallen, erheblich ist. Das *OLG München* hat Schadensersatz in der Höhe der zu Unrecht aktivierten Forderungen gewährt, ohne die Frage der Werthaltigkeit zu erörtern<sup>49</sup>. Die Entscheidung war also nur dann im Ergebnis richtig, wenn die Forderung werthaltig war.

e) Wie ist es, wenn bei unfertigen Erzeugnissen vorschnell bilanziell ein Gewinn von 500 000 Euro realisiert wird? Kann es wirtschaftlich sinnvoll sein, Schadensersatz in Höhe der überhöhten Aktivierung zuzusprechen? Die Verletzung etwa des strengen Realisationsprinzips würde erneut sicher bedeuten, dass die Bilanz in Höhe der noch unzulässigen Gewinnrealisierung falsch und das Eigenkapital überhöht war. Um wie viel ist aber der Unternehmenswert gemindert, weil die Gewinnrealisierung noch nicht in dem früheren Bilanzjahr erfolgt ist? Nun, es kommt offensichtlich darauf an, ob die Gewinnrealisierung endgültig ausfiel oder sich nur in eines der Folgejahre verschob. Im zweiten Fall ist die Unternehmenswertminderung wirtschaftlich erneut fast unbeachtlich. Vielmehr wäre es ein äußerst glücklicher (und unverdienter)

windfall profit, wenn der Käufer an Stelle von oder zusätzlich zu etwaigen Verzögerungsschäden, beispielsweise von Finanzierungsmehrkosten wegen des um ein Jahr verzögerten Zuflusses, noch einmal den Betrag erhielt, der verzögert zufließt.

f) In den vorstehenden Beispielen gewährte der „Bilanzauffüllungsansatz“ zu viel, indem er eine bilanzielle Eigenkapitaldifferenz in Geld ausglich, obwohl eine Unternehmenswertminderung in dieser Größe nie eintrat. In anderen Fällen würde er unter Umständen zu wenig gewähren. So kann der Bilanzwert einer zu Unrecht aktivierten (z. B. nicht mehr vorhandenen) alten und weitgehend abbeschriebenen Fertigungsstraße sehr gering sein; hingegen mögen die Kosten der Ersatzbeschaffung oder eine Unternehmenswertminderung auf Grund ihres Fehlens wesentlich höher sein<sup>50</sup>.

### 3. Rechtliche Bedenken gegen „Bilanzauffüllung“

Vor allem kann rechtlich eine Ersatzleistung in Höhe der Eigenkapitalminderung nicht aus den §§ 249 f. BGB hergeleitet werden.

a) Hier hat man sich zunächst vor einem Denkfehler in Acht zu nehmen: Die (gegebene) Eigenkapitalminderung und der (gesuchte) Schadensersatz haben gemein, dass beide als Geldbeträge auszudrücken sind; dies ist aber zu wenig. Die erste Größe gehört auf die Tatbestandsseite der Garantie („um wie viel ist die Garantie falsch?“), die zweite auf die Rechtsfolge-seite („welcher Schaden ist zu ersetzen?“). Die Buchwertdifferenz ist nur der haftungsbegründende Umstand i. S. von § 249 I BGB. Ob es auch (überhaupt) einen Schaden gibt, der kausale Folge der Garantieunrichtigkeit ist, bleibt der Prüfungsanweisung von § 249 I BGB gemäß erst festzustellen. Deshalb kann man sich auch bei einer Bilanzgarantie nicht der Prüfung von § 249 I BGB und der Weichenstellung zwischen Naturalherstellung und Wertentschädigung entziehen.

b) Wie erwähnt (I 3), kann eine Naturalherstellung unabhängig davon verlangt werden, ob infolge des schädigenden Ereignisses eine Gesamtvermögensminderung eintrat. Hier setzt das *OLG München* an. Indem es die Gewährung eines Zahlungsanspruchs gegen den Garantiegeber in Höhe der zu Unrecht aktivierten Forderung als Naturalherstellung ansieht<sup>51</sup>, kann es die Frage, ob infolge der Garantieverletzung das Gesamtvermögen überhaupt gemindert bzw. ob der Gläubiger durch die Ersatzleistung wirtschaftlich ungerechtfertigt bereichert wird, als unerheblich ansehen und umgehen.

Meines Erachtens wird hier allerdings der Begriff der „Naturalherstellung“ auf eine nicht mehr zu rechtfertigende Weise überdehnt. Richtig ist, dass die „Naturalherstellung“ auch die Herstellung eines „wirtschaftlich gleichwertigen“ Zustands umfasst (I 3). Die Gewährung einer werthaltigen (möglicherweise durch einen Escrow-Account gesicherten) Forderung gegen den Garantiegeber ist aber – wie oben gezeigt – nie „wirtschaftlich gleichwertig“ mit einem Anspruch (gleich ob zu Recht oder zu Unrecht aktiviert) gegen ein insolventes Schuldnerunternehmen. Ebenso ist der Zustand

46 Vgl. Wächter (o. Fußn. 2), Rdnrn. 896 f., 904 f.

47 Erwaige Unternehmenswertveränderungen aus verschobenen Ausschüttungszeitpunkten und Steuereffekten bleiben hier unberücksichtigt, vgl. Wächter (o. Fußn. 2), Rdnrn. 896 f.

48 *OLG München*, Urt. v. 30. 3. 2011 – 7 U 4226/10, BeckRS 2011, 07200.

49 *OLG München*, Urt. v. 30. 3. 2011 – 7 U 4226/10, BeckRS 2011, 07200.

50 Eine andere Frage ist, ob die Bilanzgarantie so ausgelegt werden kann, dass überhaupt gehaftet wird. Vgl. Wächter (o. Fußn. 2), Rdnrn. 448 f.

51 *OLG München*, Urt. v. 30. 3. 2011 – 7 U 4226/10, BeckRS 2011, 07200 (unter II 3).

des Bestehens eines Risikos, das sich nicht realisierte, nicht wirtschaftlich gleichwertig damit, dass sich das Risiko (zwar weiter) nicht realisiert, aber dem Unternehmen der Betrag der pflichtwidrig nicht gebildeten Rückstellung in Bar zufließt. Dieselben Gesichtspunkte, die die „Bilanzauffüllung“ wirtschaftlich als sinnwidrig erscheinen ließen, erweisen sich nun als Umstände, an denen die Annahme einer „wirtschaftliche Gleichwertigkeit“ der Naturalherstellung scheitert.

c) Richtigerweise ist also die Herstellung des Zustands, der bestehen würde, wenn die Bilanzgarantie nicht verletzt worden wäre – jedenfalls in den kritischen Fällen – „nicht möglich“ und erfolgt deshalb der Übergang zur Wertentschädigung (§ 251 I Alt. 1 BGB). Hiermit ist die Prüfung sofort wieder auf sachgerechte Schienen gesetzt, da eine Wertentschädigung eine Gesamtvermögensminderung erfordert und an ihr bemessen wird. Also gilt: Nur wenn und soweit zum Beispiel die historische, garantierte Forderung werthaltig gewesen wäre (oder sich das Risiko verwirklichte, für das eine Rückstellung zu bilden gewesen wäre etc.), liegt auch ein Differenzschaden vor und haftet der Garantiegeber.

d) Eine weitere denkbare Verteidigung des „Bilanzauffüllungsansatzes“ bestünde darin, Bilanzgarantien in Vermögensgarantien umzudefinieren. Diese Vorgehensweise würde in der Behauptung bestehen, dass die inhaltliche Aussage von Bilanzgarantien nicht mehr in dem (präzisen und eingeschränkten) Sinne zu verstehen ist, den sie nach dem Bilanzrecht hat, sondern sie als Aussage aufzufassen ist, dass

beispielsweise jedes Aktivum, auch wenn nach der Bilanz gar nicht oder noch gar nicht in Geld vorhanden, zu dem aktivierten Betrag in Geld versilbert werden könne. Auch diese Auslegung, die bisweilen als Auffassung von Bilanzgarantien als „objektive Bilanzgarantien“ auftritt, ist – aus Gründen, die anderswo dargestellt wurden<sup>52</sup> – nicht haltbar.

#### 4. Zwischenergebnis

Die zweite Frage dieser Untersuchung ist also so zu beantworten, dass bei Verletzung einer Bilanzgarantie eine „Bilanzauffüllung“ – Gewährung eines Betrags in Höhe der Bilanzunrichtigkeit – weder wirtschaftlich angemessen noch rechtlich, auch nicht als „Naturalherstellung“, begründbar ist.

#### IV. Zusammenfassung

Der Versuch einer Nutzbarmachung des dogmatischen und systematischen Potenzials der §§ 249 f. BGB beim Unternehmenskauf führt zu praktisch relevanten und wirtschaftlich sinnvollen Ergebnissen. Bei Garantieverletzungen in Unternehmenskaufverträgen ist die Ersetzung des positiven Interesses durch Naturalherstellung des garantiewidrig nicht vorhandenen Zustands grundsätzlich möglich. Andererseits kann die Naturalherstellung nicht dazu dienen, umstandslos den Betrag der Unrichtigkeit einer Bilanzgarantie mit dem zu ersetzenden Schaden gleichzusetzen. ■

52 S. Wächter (o. Fußn. 2), Rdnrn. 395 ff.