

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 363

# **Schadensersatz bei Unternehmenskäufen**

Von

**Arno Dieckmann**



**Duncker & Humblot · Berlin**

ARNO DIECKMANN

## Schadensersatz bei Unternehmenskäufen

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 363

# Schadensersatz bei Unternehmenskäufen

Von

Arno Dieckmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Mannheim hat diese Arbeit  
im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 0582-026X  
ISBN 978-3-428-18554-2 (Print)  
ISBN 978-3-428-58554-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)  
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

*Für  
Vanessa, Mateo, Tessa und Rafael.  
Wo ich kann, möchte ich Schaden von euch wenden.*



## Vorwort

Die Arbeit geht zurück auf die Anregung meines Doktorvaters Herrn Prof. Dr. Oliver Brand, LL.M. (Cambridge). Ihm gilt mein größter Dank. Er hat mich als jungen Studenten mit einem Vertrauensvorschuss an seinen Lehrstuhl geholt, mein Interesse an der wissenschaftlichen Arbeit geweckt und mich gefördert, wo es ihm möglich war. Ich habe viele glückliche und lehrreiche Stunden an seinem Lehrstuhl verbracht. Herrn Prof. Dr. Carsten Schäfer bin ich dankbar für die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens. Mein weiterer Dank gilt der Sekretärin Frau Jutta Metz und den studentischen Hilfskräften des Lehrstuhls für die großartige gemeinsame Zeit, die ich nicht missen möchte und für ihre vielfältige Hilfe.

Ich möchte mich außerdem sehr bei meinem langjährigen Kollegen am Lehrstuhl, dem akademischen Rat a.Z. Dr. Conrad Waldkirch bedanken, der sich stets bereitgefunden hat, auftretende Fragen gemeinsam zu erörtern. Ebenso äußerst dankbar bin ich meinem Freund Dr. Max Blome, LL.M. (LSE) für die vielen hilfreichen Anregungen sowie die wertvollen Hinweise und Ratschläge, die er mir so selbstverständlich gewährte. Mein Dank gilt nicht zuletzt meiner Tante Anneliese Dieckmann, die sich um diese Arbeit verdient gemacht hat, indem sie mich in formalen Fragen beriet.

Von ganzem Herzen dankbar bin ich meiner lieben Frau Vanessa Dieckmann, die mir während der ganzen Zeit der Promotion ausnahmslos und in jeder Hinsicht den Rücken gestärkt hat. Sie hat mir jegliche Freiheit und Zeit gewährt, die ich für die Erstellung der Arbeit benötigte. Ihr und unseren Kindern Mateo, Tessa und Rafael ist diese Arbeit gewidmet. Ich erinnere mich gerne daran, dass Mateo mich bei der Einreichung der Arbeit mit Freude begleitet hat.

Besondere Erwähnung am Schluss verdienen meine lieben Eltern Sigrid und Heinrich Dieckmann. Das Vertrauen, das sie mir Zeit meines Lebens entgegengebracht haben, empfinde ich auch heute noch als Segen. Wo sie nur konnten, haben sie mich unterstützt und gefördert. Das werde ich immer in meinem Herzen tragen.

Lich, im März 2025

*Arno Dieckmann*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung .....</b>	<b>19</b>
<b>§ 1 Die Grundbegriffe des Unternehmenskaufs .....</b>	<b>23</b>
A. Mergers & Acquisitions als Unternehmenskauf .....	23
I. Uneinheitliche Begriffsverwendung in den Wirtschaftswissenschaften .....	23
II. Fusionen und Übernahmen (M&A) als Unternehmenskäufe .....	25
B. „Unternehmen“ als Gegenstand des Kaufvertrags .....	27
I. Ambivalenter Begriff im Recht .....	27
II. Umfassender Unternehmensbegriff im Recht des Unternehmenskaufs .....	28
C. Die Formen des Unternehmenskaufs .....	29
I. Einzelübertragung aller Gegenstände (Asset Deal) .....	29
II. Teilunternehmenskauf vs. Inventarkauf .....	30
III. Der Kauf von Geschäftsanteilen (Share Deal) .....	31
1. Rechtliche Übertragung der Geschäftsanteile .....	31
2. Übernahme der Leitungsbefugnis (Abgrenzung zum Anteilskauf) .....	33
D. Zusammenfassung des Kapitels .....	36
<b>§ 2 Haftung aus Garantien, Gewährleistung und Aufklärungspflichten .....</b>	<b>38</b>
A. Vertragliche Garantievereinbarungen im Unternehmenskaufvertrag .....	38
I. Haftung aus selbstständigen Garantien i. S. v. § 311 Abs. 1 BGB .....	38
II. Überblick über das vertragliche Haftungsregime (Garantiekatalog) .....	41
1. Die allgemeine Bilanzgarantie .....	41
a) Ausgestaltung des Tatbestands .....	42
b) Tatbestandsverletzung: „weiche“ vs. „harte“ Bilanzgarantien .....	46
2. Die Eigenkapitalgarantie .....	51
3. Selbstständige Beschaffenheitsgarantien .....	52
4. Sonstige selbstständige Garantien .....	53
B. Kaufgewährleistung beim Unternehmenskauf .....	55
I. Schadensersatzansprüche und Mängelgewährleistung .....	56
II. Der Mängelbegriff beim Unternehmen, §§ 453, 434 BGB .....	57
1. Anwendungsbereich des § 434 BGB .....	57

2. Sachmangel des Unternehmens (fehlerhafte Einzelgegenstände) .....	59
a) Gesamtbetrachtungslehre .....	59
b) Objektive Beschaffenheit des Unternehmens .....	60
c) Beispiel aus der Rechtsprechung .....	62
III. Finanzkennzahlen des Unternehmens als Sachmangel .....	64
1. Bedeutung des Beschaffenheitsbegriffs .....	64
2. Umsätze und Erträge vergangener Perioden .....	65
a) „Einfluss auf die Wertschätzung der Sache“ (ständige Rspr.) .....	67
b) Ertragsfähigkeit als Beschaffenheit .....	69
aa) Umsätze mehrerer Jahre (restriktive Linie der Rechtsprechung) .....	69
bb) Zusammenhang von Finanzkennzahlen und Ertragsfähigkeit (Vergangenheitsanalyse in der Unternehmensbewertung) .....	70
c) Kaufrechtliche Haftung wegen verminderter Ertragsfähigkeit .....	72
3. Zukünftige Umsätze und Erträge .....	74
4. Sonstige Bilanzangaben als Beschaffenheit des Unternehmens (kaufvertragliche Bilanzgarantie) .....	76
IV. Mängelgewährleistung bei Beteiligungen an Unternehmen .....	78
V. Rechtsmängel am Unternehmen .....	79
VI. Dispositivität des Kaufgewährleistungsrechts .....	80
1. Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	80
a) Genereller Ausschluss der Kaufgewährleistung .....	80
b) Sonstige Klauseln .....	83
2. Individualvereinbarung .....	85
C. Die culpa in contrahendo beim Unternehmenskauf .....	87
I. Aufklärungspflichtverletzung .....	88
1. Allgemeines .....	88
2. Anforderungen an die Offenbarungspflichten (Digitale Datenräume) .....	90
3. Haftungsausschluss wegen Kenntnis analog § 442 BGB .....	91
II. Culpa in contrahendo bei „potenziellen Beschaffenheitsvereinbarungen“ .....	93
1. Haftungslücke durch umfassende Sperrwirkung .....	94
2. Kontinuität der Rechtsprechung .....	95
a) Reichsgericht und BGH vor der Schuldrechtsreform .....	95
b) Neue Rechtsprechung des BGH .....	96
3. Methodologische Begründung gewährleistungsrechtlicher Spezialität .....	97
a) Wille des Gesetzgebers .....	98
b) Wortlaut, Systematik, Telos .....	99
4. Ergebnis .....	101
III. Anwendbarkeit der c.i.c. bei Arglist des Verkäufers .....	102
IV. Weitere Anwendungsfälle der culpa in contrahendo .....	102

V.	Dispositivität der culpa in contrahendo .....	103
1.	Abdingbarkeit durch Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	103
2.	Abdingbarkeit durch Individualvereinbarung .....	105
a)	Ausdrücklich .....	105
b)	Konkludente Abdingbarkeit (Sperrwirkung der Garantie) .....	107
D.	Zusammenfassung des Kapitels .....	107
<b>§ 3 Grundsätze des Schadensersatzrechts nach §§ 249 ff. BGB .....</b>		112
A.	Prinzipienlehre im Schadensersatzrecht .....	113
B.	Schadensberechnung .....	117
I.	Die Schadensberechnung „in a nutshell“ .....	117
II.	Systembruch durch dualistischen Schadensbegriff .....	118
III.	Das auszugleichende Interesse .....	121
1.	Zustandsvergleich, Interesse und ersatzfähiger Schaden .....	121
2.	Positives und negatives Interesse .....	122
C.	Vorrang der Naturalrestitution .....	123
I.	Systematik und Schutzgehalt .....	123
II.	Prinzip der Totalreparation .....	126
1.	Totalreparation vorrangig durch Naturalrestitution .....	127
2.	Optimierung der Totalreparation durch Naturalrestitution .....	128
III.	Integritätsinteresse als Legitimation der Naturalherstellung .....	129
1.	Integritätszuschlag im Verhältnis Restitution zu Kompensation .....	129
2.	Integritätszuschlag im Verhältnis Restitution zu Restitution .....	130
a)	Vorrang der Instandsetzung .....	130
b)	Ausnahmsweise Vorrang der Ersatzbeschaffung .....	131
IV.	Grenzen der Naturalrestitution .....	132
1.	Unmöglichkeit, Unverhältnismäßigkeit und Ungenügen, § 251 BGB .....	132
2.	Bereicherungsverbot .....	134
a)	Materieller Regelungsgehalt .....	134
b)	Vorteilsausgleichung .....	135
3.	Wirtschaftlichkeitsgebot .....	137
D.	Arten der Naturalrestitution .....	138
I.	In Natur, § 249 Abs. 1 BGB .....	138
1.	Grundsatz der Wiederherstellung .....	138
2.	Restitutionsvermögensschäden (Differenzhypothese) .....	139
3.	Tatbestand des entgangenen Gewinns, § 252 BGB .....	140
II.	Kosten der Wiederherstellung, §§ 249 Abs. 2 S. 1, 250 BGB .....	141
1.	Anwendungsbereich des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB (Ersetzungsbefugnis) .....	141

2. Fristsetzungserfordernis, § 250 BGB .....	142
a) Regelungsgehalt .....	142
b) Anwendungsbereich beim Unternehmenskauf (Garantievereinbarungen) .....	144
aa) Bestands- und Funktionssicherung von Vermögensgütern .....	144
bb) Sonstige Garantien (Bilanzgarantien) .....	146
3. Matrix der erforderlichen Wiederherstellungskosten .....	146
a) Fiktive Schadensberechnung .....	148
aa) Rechtsprinzip der Dispositionsfreiheit .....	148
bb) Wiederherstellungskosten i. e. S. (Reparaturkosten) .....	151
(1) Privilegierende Art der Schadensberechnung .....	151
(2) Keine Wiederherstellungskosten bei Verwertung der Sache .....	152
cc) Ersatzbeschaffung .....	154
(1) Dualismus der Naturalrestitution .....	154
(2) Wiederbeschaffungsaufwand als normativer Schaden .....	157
(3) Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit .....	158
b) Konkrete Berechnung der Wiederherstellungskosten .....	160
E. Wertkompensation, § 251 BGB .....	162
I. Anwendungsbereich der Differenzhypothese .....	163
II. Normativer Schaden im weiteren Sinn .....	165
III. Schlussfolgerungen .....	167
F. Zusammenfassung des Kapitels .....	168
<b>§ 4 Schadensersatz aus Garantien, Gewährleistung und Aufklärungspflichten .....</b>	<b>174</b>
A. Garantieverletzungen .....	174
I. Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB .....	174
1. Mit §§ 249 ff. BGB korrespondierende Rechtsfolgenklauseln .....	174
2. Grenzen der Wirksamkeit abweichender Rechtsfolgenklauseln .....	175
a) Überblick zur Vertragspraxis .....	175
b) AGB-Inhaltskontrolle .....	177
c) Individualvereinbarungen .....	180
II. Der Schaden am Unternehmenswert am Beispiel der Bilanzgarantie .....	183
1. Das schadensrechtliche „Interesse“ bei der Bilanzgarantie .....	183
a) Nachträgliche Bilanzkorrektur .....	183
b) Bestand und Beschaffenheit der Vermögensgüter .....	184
c) Wert des Unternehmens (positives Interesse) .....	185
aa) Abgrenzung zum negativen Interesse .....	185
bb) Saldierung gegensätzlicher Werteffekte von Bilanzierungsfehlern .....	187
2. (Prozess-)Rechtlicher Rahmen des Unternehmenswertschadens .....	188
a) Sachverständigengutachten – Bewertungsspielräume .....	188

b) Schadensersatz als Bewertungszweck .....	189
3. Allgemeine schadensrechtliche Implikationen .....	191
a) Wertkategorien: subjektbezogene Schadensbetrachtung .....	192
aa) Maßgeblichkeit des subjektiven Entscheidungswerts .....	192
bb) Beispiel .....	194
b) Schadensrechtlicher Bewertungsstichtag .....	195
c) Bewertungsrelevante Zäsur der Schadensersatzerfüllung .....	197
d) Entgehende Gewinne der Zukunft und entgangene Gewinne der Vergangenheit (§ 252 S. 2 BGB) .....	198
e) Berücksichtigung von Synergieeffekten .....	199
4. Bewertungsverfahren .....	201
a) Grundannahmen .....	201
b) Bewertungsmethoden nach IDW S. 1 (2008) .....	202
aa) Ertragswertverfahren .....	203
bb) Discounted Cashflow-Verfahren .....	204
(1) Grundlagen .....	204
(2) Beispiel: Unternehmenswertberechnung nach Bruttomethode (WACC-Ansatz) .....	206
c) Schadensrechtsrechtliche Vorgaben zu den Bewertungsmethoden .....	208
aa) Auswirkungen subjektbezogener Schadensberechnung .....	209
bb) Schadensberechnung analog zur Kaufpreisbestimmung .....	210
cc) Schadensberechnung durch Multiplikatorenverfahren .....	210
dd) Richtigkeit der Bewertungsmaßstäbe .....	211
5. Methodenkonforme Schadensberechnung .....	212
a) „Bilanzauffüllung“ .....	212
aa) Die Methode .....	212
bb) Die Kritik .....	213
cc) Schlussfolgerungen .....	214
b) Nicht betriebsnotwendiges Vermögen .....	216
c) Betriebsnotwendiges Vermögen .....	218
aa) Trias der Schadensberechnung .....	218
bb) Einzelne Bilanzpositionen .....	221
(1) Bargeld, Bankguthaben, Forderungen .....	221
(2) Finanzanlagen, Wertpapiere .....	223
(3) Sachanlagen, Vorräte .....	223
(4) Immaterielle Vermögensgegenstände .....	224
cc) Passiva .....	226
(1) Verbindlichkeiten .....	226
(2) Rückstellungen .....	229

III.	Sonstige bedeutende Verkäufergarantien .....	231
1.	Eigenkapitalgarantie (privatautonome Bilanzauffüllung) .....	231
2.	Selbstständige Beschaffenheitsgarantien .....	232
3.	Gewerbliche Schutzrechte .....	233
4.	Informationstechnologie (Datenverlust) .....	234
a)	Cyberkriminalität: „Datenklau“ .....	234
b)	Datenvernichtung .....	235
IV.	Konkurrenzen .....	236
1.	Haftungsbegründung .....	236
2.	Verbot der Doppelkompensation (Bereicherungsverbot) .....	236
a)	Kaufpreisanpassung vs. Bilanzgarantie .....	237
aa)	Festkaufpreis (Locked Box-Methode) .....	237
bb)	Kaufpreisanpassung durch Stichtagsbilanz („Completion Accounts“) .....	238
(1)	Funktionsweise der Kaufpreisanpassung .....	238
(2)	Doppelkompensation an Beispieldämmen .....	239
b)	Eigenkapitalgarantie vs. Bilanzgarantie .....	241
c)	Bilanzgarantie vs. Zustandsgarantie .....	241
B.	Schadensersatz in der gesetzlichen Gewährleistung, §§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB .....	242
I.	Geltung der §§ 249 ff. BGB im Gewährleistungsrecht .....	242
1.	Grundsätzliche Unanwendbarkeit nach der Rechtsprechung .....	242
2.	Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB im Gewährleistungsrecht .....	243
a)	Unterschiede des deliktischen und vertraglichen Schadensersatzanspruchs .....	243
b)	Irrwege der Rechtsprechung .....	244
c)	Anwendung der §§ 249 ff. BGB .....	247
II.	Mangelminderwert und Mängelbeseitigungskosten beim Schaden am Unternehmen .....	249
1.	Schadensersatz für falsche Bilanzangaben .....	249
a)	Umsatz und Ertragsangaben .....	249
b)	Kaufvertragliche Bilanzgarantie .....	249
aa)	Nicht betriebsnotwendiges Vermögen .....	250
bb)	Betriebsnotwendige Vermögensgüter .....	251
cc)	Verbindlichkeiten und Rückstellungen .....	251
2.	Verhältnismäßigkeitschranke bei Mängeln am Unternehmenssubstrat .....	252
C.	Schadensersatz aufgrund vorvertraglicher Pflichtverletzung (c. i. c.) .....	253
I.	Konkurrenzverhältnis zur arglistigen Täuschung .....	253
II.	Naturalrestitution, § 249 Abs. 1 BGB .....	256
1.	Vertragsaufhebung .....	256
a)	Inhalt und Grenzen des Anspruchs .....	256
b)	Bereicherungsrechtlicher Gegenanspruch des Verkäufers .....	257
2.	Hypothetisch vorteilhafter Vertrag .....	258

III. Geldentschädigung gemäß § 251 BGB .....	259
1. Ausschluss der Vertragsaufhebung nach § 251 BGB (Tatbestandliches) .....	259
a) Wahlrecht zur Kaufpreisminderung anstatt Vertragsaufhebung .....	259
b) Kaufpreisminderung als Wertersatz (§ 251 BGB) für unerwünschten Vertrag	261
c) Verteidigung des Verkäufers gegen Vertragsaufhebung .....	263
2. Umfang und Berechnungsweise der Geldentschädigung .....	266
a) Abweichung von der Differenzhypothese (normativer Schaden) .....	266
b) Berechnung der Kaufpreisminderung .....	267
aa) Vorrang der konkreten Kaufpreisberechnung .....	267
bb) Adäquate Bemessung der Kaufpreisminderung in Zweifelsfällen .....	269
IV. Vorteilsausgleichung, Aufwendungen, Konkurrenzen .....	271
1. Vorteilsausgleichung .....	271
2. Aufwendungen .....	271
3. Konkurrenzen .....	272
D. Zusammenfassung des Kapitels .....	273
 <b>§ 5 Schadensersatz aus Bilanzgarantien bei Unternehmenskäufen im englischen Recht .....</b>	280
A. Das Konzept einer „gesetzlichen“ Kaufgewährleistung .....	280
B. Der Tatbestand der Bilanzgarantie .....	285
I. „Completion Accounts“ .....	285
1. Abgrenzung zur Bilanzgarantie .....	285
2. Anspruchskonkurrenz zur Bilanzgarantie .....	286
a) Problemstellung .....	286
b) Widersprüchlichkeit („Inconsistency“) .....	287
c) Restriktiver Anwendungsbereich der Vertragsauslegung .....	288
d) „Implied terms“ und „rule against duplication of loss“ .....	289
II. „The Accounts“ .....	292
1. Die gesetzlichen Vorschriften .....	292
2. Das „true and fair view“ Prinzip .....	295
3. Veranschaulichung der Bilanzgarantieverletzung am Fallbeispiel .....	299
III. „Management Accounts“ .....	303
1. Tatbestand und Interessenlage .....	303
2. Auslegungsfragen .....	304
IV. Subjektiver vs. objektiver Schutzgehalt der Garantie .....	307
C. Rechtsfolgen .....	309
I. Bilanzangaben als vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung .....	311
II. Der vertragliche Schadensersatzanspruch .....	316
1. Kaufpreis als Gradmesser des geschuldeten Unternehmenswertes .....	317

2. Der tatsächliche Unternehmenswert .....	318
III. Zeitpunkt der Schadensberechnung .....	320
IV. Sonderfall Lion Nathan: Zukünftige Gewinne .....	323
D. Zusammenfassung des Kapitels .....	324
 <b>§ 6 Die Haftung aus der Bilanzgarantie im Rechtsvergleich</b> .....	328
A. Einführung .....	328
I. Rechtsklarheit durch Konvergenz der Haftungsvereinbarungen? .....	328
II. Methodisches .....	331
1. Ziele des Rechtsvergleichs .....	331
2. Methodik .....	332
a) Der Methodenkomplex der Rechtsvergleichung .....	332
b) Das nützliche Wesen der Methodenlehre .....	333
c) Anwendungsbereich der funktionalen Methode im Methodenpluralismus	334
B. Rechtsvergleich .....	337
I. Fragestellung .....	337
II. Haftungsinstitute .....	337
1. Kaufgewährleistung .....	337
2. Haftung für Aufklärungspflichtverletzungen .....	339
III. Probleme des Tatbestands .....	341
1. Vergleich der Vertragsgestaltung .....	341
2. Tatbestandliches .....	343
a) Objektiver vs. subjektiver Schutzgehalt .....	343
b) Saldierung positiver und negativer Fehler .....	345
IV. Die Rechtsfolgen .....	345
1. Grundsatz der „restitutio integrum“ .....	345
2. Ausgleich für Bilanzgarantieverletzungen .....	346
a) Werteinbuße .....	346
b) Berechnungsmaßstäbe .....	347
3. Garantie für zukünftige Gewinne .....	349
4. Zeitpunkt der Schadensberechnung .....	351
5. Konkurrenz zwischen „Completion Accounts“ und Bilanzgarantie .....	351
C. Zusammenfassung des Kapitels .....	352
 <b>§ 7 Schlussthesen mit Erläuterungen</b> .....	355
A. Grundlagen (§ 1) .....	355
B. Haftung aus Garantien, Gewährleistung und Aufklärungspflichten (§ 2) .....	356
C. Grundsätze des Schadensersatzrechts (§ 3) .....	358

D. Schadensersatz aus Garantien, Gewährleistung und Aufklärungspflichten (§ 4) . . . . .	360
E. Rechtsvergleichung (§ 5 – § 6) . . . . .	364
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	366
<b>Stichwortverzeichnis</b> . . . . .	396



## **Einleitung**

Diese Arbeit befasst sich mit einer Rechtsmaterie, der in den letzten Jahren in einer kaum überschaubaren Anzahl an Veröffentlichungen große Aufmerksamkeit zuteil geworden ist: dem Unternehmenskauf. Die Flut an Beiträgen ist nicht zuletzt Ausdruck der florierenden Unternehmenskaufpraxis im vergangenen Jahrzehnt. Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Branche, die durch den Investitionswillen der Finanzindustrie befeuert wird, ist kaum zu überschätzen.<sup>1</sup> Das deutsche Schadensersatzrecht der §§ 249 ff. BGB, die zweite Säule dieser Bearbeitung, hat mit dem Unternehmenskauf gemein, dass es ebenfalls einen hohen Grad an literarischer Durchdringung aufweist. Während der Unternehmenskauf aus Sicht des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch ein „junges Kind“ ist, entwickelt sich das Schadensersatzrecht schon seit mehr als einem Jahrhundert fortwährend. Die Wurzeln unseres Schadensrechts lassen sich bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts zurückverfolgen. Mommsen hatte mit seinem Werk „Zur Lehre von dem Interesse“ (1855)<sup>2</sup> die schadensrechtliche Differenzhypothese entwickelt, die in der Rechtswissenschaft und -praxis auch all denjenigen ein Begriff ist, die sich sonst nicht gesondert mit dem Schadensrecht auseinandersetzen.

Obwohl sich die Lebenslinien der beiden hier zu beleuchtenden Bereiche schon seit geraumer Zeit kreuzen, ist das Zusammenspiel der beiden Materien nur vereinzelt und vor allem nur sehr flüchtig beleuchtet. Das Schadensersatzrecht ist wegen seiner dienenden Funktion im Verhältnis zu den Haftungsvorschriften<sup>3</sup> der stetigen Entwicklung des Rechts ausgeliefert. Dies geht mit einer ausgeprägten richterlichen Rechtsfortbildung einher. Als wenig überspitzt kann man Thüsing's Aussage einordnen, der das Schadensrecht als „Richterrecht reinsten Wassers“ betitelt.<sup>4</sup> Der Kasuistik des Schadensersatzrechts stellten sich lange Zeit die Unterstützer eines abstrakt normativen Schadensbegriffes entgegen. Den zum Scheitern verurteilten Versuchen, einen einheitlichen Schadensbegriff zu begründen,<sup>5</sup> sei jedoch mit den Worten Keuks erwidert: „[S]o wünschenswert ein Zustand wäre, in dem schließlich die Entscheidung der einzelnen schadensrechtlichen Fragen sich lediglich als Anwendung ein und desselben Prinzips darstellt, so gering ist die Aussicht, daß die

---

<sup>1</sup> Vgl. Maurer/Kaehler, M&A-Review 2019, S. 32 ff.; Schiessl, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle, Beck'sches M&A Handbuch (2017), § 1 Rn. 2 ff.; Korch, JuS 2018, 521.

<sup>2</sup> Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht II, Zur Lehre von dem Interesse (1855).

<sup>3</sup> Brand, Schadensersatzrecht (2015), § 1 Rn. 5; Selb, Schadensbegriff und Regressmethoden (1963), S. 11.

<sup>4</sup> Thüsing, ZRP 2001, 126 (127).

<sup>5</sup> Vgl. die Übersicht bei Staudinger/Schiemann, Vor § 249 Rn. 35 ff.

Bemühungen um den Begriff des Schadens diesen Zustand herbeiführen wird“.<sup>6</sup> Treffend formuliert auch Schiemann, der die aufklärerischen Tendenzen zur Entzauberung des einheitlichen Schadensbegriffs dahingehend zusammenfasst, dass es den einheitlichen Schadensbegriff nicht gebe, „sondern so viele Schadensbegriffe wie haftungsbegründende Normen“.<sup>7</sup>

Die gesetzlich so konzipierte Abhängigkeit des Schadensrechts von der Haftungsebene fördert, dass der ersatzfähige Schaden viele Gesichter annehmen kann. Der breit gefächerte Inhalt des ersatzfähigen Schadens ist gewissermaßen der Preis, der für ein einheitliches Schadensersatzrecht zu zahlen ist. Das Konzept eines allgemeingültigen Schadensersatzrechts wie es in den §§ 249 ff. BGB normiert ist, bietet demgegenüber jedoch auch Vorteile. Das lässt sich am Beispiel des Unternehmenskaufs verdeutlichen. Während die Parteien des Unternehmenskaufs für die Haftungsbegründung ein alternatives vertragliches Haftungsregime für notwendig erachten, weil die gesetzlichen Haftungsvorschriften ihren Anforderungen nicht genügen, gilt für die Haftungsausfüllung das Gegenteil. Bis auf wenige Ausnahmen scheinen sich die Parteien auf die Regelungen des gesetzlichen Schadensersatzrechts zu verlassen. Damit unterwerfen sich die Parteien den Regelungen, Prinzipien und Wertungen des gesetzlichen Schadensersatzrechts, von denen sie sich augenscheinlich einen interessengerechten Ausgleich versprechen.

Mit der Feststellung, dass das gesetzliche Schadensersatzrecht eine erhebliche Bedeutung bei Unternehmenskäufen hat, ist der Bogen zu der eingangs erwähnten Problematik gespannt, dass die Wirkung des Schadensersatzrechts unter dem Einfluss der haftungsbegründenden Garantien des Unternehmenskaufvertrags in vielen Bereichen bisher noch sehr unzureichend beleuchtet wurde. Das hat verschiedene Gründe. Die privatautonom ausgestalteten Haftungsregelungen bei Unternehmenskäufen in Form von Garantiekatalogen sind aufgrund der Individualität und Komplexität von Unternehmen entsprechend vielfältig und vielschichtig.<sup>8</sup> Anders als gewöhnlich sind die staatlichen Gerichte auf dem Gebiet des Unternehmenskaufs kein Garant, um Leitlinien in der Schadensberechnung aufzustellen und als Treiber der Rechtsfortbildung für das Schadensrecht zu dienen. Das hängt insbesondere damit zusammen, dass die Parteien des Unternehmenskaufs es allzu häufig vorziehen die Haftungsstreitigkeiten vor privaten Schiedsgerichten auszutragen.<sup>9</sup> Fundierte Schätzungen legen nahe, dass für das deutsche Recht ein Anteil von 60–90 % der Unternehmenskaufverträge eine Schiedsgerichtsklausel enthalten.<sup>10</sup> Das führt

---

<sup>6</sup> Keuk, Vermögensschaden und Interesse (1972), S. 41.

<sup>7</sup> Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts (1981), S. 175.

<sup>8</sup> Vgl. Picot, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht (2018), § 21 Rn. 74.

<sup>9</sup> Werner, NWB 2018, 3915; Drude, SchiedsVZ 2017, 224; Mehrbrey/Pörnbacher/Baur, in: Mehrbrey, Handbuch Streitigkeiten beim Unternehmenskauf (2018), § 2 Rn. 60.

<sup>10</sup> Drude, SchiedsVZ 2017, 224 (225 Fn. 18); a. A. Pfiffner, SchiedsVZ 2017, 256 (257): ca. 30 %.

zwangsläufig dazu, dass wenige Urteile staatlicher Gerichte gefällt werden, die die Rechtsentwicklung prägen könnten.<sup>11</sup> Zudem ist das Unternehmen ein komplexer und dynamischer Organismus,<sup>12</sup> bei dem die Auswirkungen eines schadensträchtigen Ereignisses wegen der Verflechtungen der Prozesse schwerer zu bestimmen sind als üblich. So kann beispielsweise das Versagen einer Teilstruktur des Unternehmens durch einen Mechanismus kompensiert werden – wie bei einem Spinnennetz, bei dem nur ein Faden reißt, ohne dass gravierende Folgen auftreten. In einem ähnlich gelagerten Fall könnte der Haftungsfall hingegen eine Art Domino-Effekt zur Folge haben, der zu einem größeren Schaden führt; bildlich gesprochen wie etwa bei der Beschädigung der tragenden Wand eines Hauses, die letztlich zu dessen Einsturz führt.

Zuletzt soll an dieser Stelle noch auf die Bedeutung des Schadensersatzrechts für den Vorgang der Unternehmensbewertung hingewiesen werden. Der Wert einer Sache ist im Kosmos des Schadensrechts eine sehr bedeutsame Größe. Die Unternehmensbewertung vollzieht sich nach der wirtschaftswissenschaftlichen sowie betriebswirtschaftlichen Bewertungstheorie und -praxis.<sup>13</sup> Das begünstigt den trügerischen Eindruck, dass sich die Unternehmensbewertung insoweit aus dem (Schadens-)Recht verabschiedet habe und alleine in fachfremden Händen liege. Der überspannende Grundsatz der Unternehmensbewertung liegt indes darin, dass diese stets zweckgebunden zu erfolgen hat.<sup>14</sup> Die Grundsätze der Unternehmensbewertung schmiegen sich insoweit an das Recht an. Daraus folgt, dass die Prinzipien und Wertungen des Schadensersatzrechts bei der Unternehmensbewertung zum Zwecke der Schadensersatzberechnung anwendbar sind.

Die Untersuchung ist so gestaltet, dass sie sich nicht alleine auf die Behandlung der Rechtsfolgen von Garantieverletzung beschränkt. Der Schadensersatz als Kernthema soll zur Erreichung eines größeren Blickwinkels mit den Problemen verknüpft werden, die die vertragliche und gesetzliche Haftungsebene betreffen. Das erscheint geboten, weil die Haftungsvorschriften für Schadensersatzanspruch von maßgeblicher Bedeutung sind. Nachdem im ersten Kapitel (§ 1) Grundlagen und Begriffe des Unternehmenskaufs erläutert werden, wird daher in einem zweiten Kapitel (§ 2) auf Probleme der vertraglichen sowie gesetzlichen Haftung bei einem Unternehmenskauf eingegangen. Da das vertragliche Haftungsregime in Unternehmenskaufverträgen daran anknüpft, dass die gesetzliche Haftung so umfassend wie möglich ausgeschlossen sein soll, liegt ein Augenmerk der Bearbeitung auf der Frage, in welchem Umfang diese Gestaltung vor dem Hintergrund zwingenden Rechts überhaupt möglich ist.

---

<sup>11</sup> Korch, JuS 2018, 521 (526); Pfiffner, SchiedsVZ 2017, 256 f.; Schiffer/Mayer, BB 2016, 2627.

<sup>12</sup> Vgl. Schmitz, RNotZ 2006, 561 (568).

<sup>13</sup> BGHZ 208, 265 (269); BT-Drucks. 15/371, S. 11.

<sup>14</sup> Siehe § 4 A. II. 3. a).