

Verschuldenshaftung, Aufklärungspflichten, Wissens- und Verhaltenszurechnung bei M&A- Transaktionen

Drygala / Wächter

2020

ISBN 978-3-406-73915-6

C.H.BECK

C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

diese Frage einfach zu beantworten. Ähnliches gilt für Pflichten, welche die physische Integrität des Gläubigers wahren (Schutzpflichten). Schwieriger wird es bei *Aufklärungspflichten*, weil diese situationsabhängig zu bestimmen sind. Soweit der Schuldner die Aufklärung über bestimmte Umstände nicht explizit versprochen hat, kommt als Rechtsgrundlage i.d.R. nur die allgemeine Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB in Betracht. Sie setzt grundsätzlich eine Informationsasymmetrie voraus.⁵⁸ Fehlt diese, weil der Schuldner sich die erwünschte Information nicht einfacher beschaffen kann als der Gläubiger, ist er grundsätzlich nicht zur Aufklärung verpflichtet. Folgerichtig haftet er dann auch nicht für Falschankünfte Dritter. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Schuldner diesen Umstand rechtzeitig und unzweideutig offenlegt.⁵⁹ Anders kann zu entscheiden sein, wenn der Schuldner eine auskunftsfähige Person dem Gläubiger zuführt und damit implizit die Verantwortung für die gelieferte Information übernimmt.⁶⁰

Schließlich fragt sich, ob der Schuldner die Gehilfeneigenschaft durch *einseitige Erklärung*, sich einer bestimmten Person nicht als Hilfe bedienen zu wollen, beseitigen kann.⁶¹ Die Frage ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn die Erklärung in Widerspruch zur Wirklichkeit steht (*protestatio facto contraria non valet*).⁶² Duldet der Schuldner, dass ein Dritter die ihm obliegende Aufgabe ausführt, kann er sich der Zurechnung gem. § 278 BGB nicht einseitig entziehen. Folgt man dem Konzept einer Leuthaftung, wird die Frage auch dort verneint werden müssen, wo der Betreffende zu den Leuten des Schuldners gehört.⁶³ Auch im Übrigen muss die Antwort zurückhaltend ausfallen, weil § 278 zwar dispositiv ist, sein Tatbestand aber gesetzlich definiert ist und dem Schuldner, anders als etwa § 366 Abs. 1 BGB, kein ein-

⁵⁸ Vgl. MüKoBGB/*Bachmann*, § 241 Rn. 134; näher *Tröger*, S. 279 ff., 464 ff.

⁵⁹ MüKoBGB/*Bachmann*, § 241 Rn. 134.

⁶⁰ *Weißhaupt* (ZIP 2016, 2447, 2452) rät daher, Zielgesellschaftspersonal aus Verhandlungsthemen „rauszuhalten“.

⁶¹ So tendenziell *Weißhaupt*, ZIP 2016, 2447, 2452; dazu neigend auch *Wächter*, Rn. 8.205 ff.

⁶² *Wächter*, Rn. 8.224.

⁶³ S. oben bei Fn. 33 sowie unten bei Fn. 68.

seitiges Bestimmungsrecht zuweist. Soweit der Schuldner in der Pflicht steht, bleibt ihm daher nur, dem potenziellen Helfer die Mitwirkung bei der Erfüllung zu verbieten.

b) Systematik: Abgleich mit § 123 BGB, § 31 BGB und § 166 BGB

Eine weitere Eingrenzungsmöglichkeit könnte sich aus der *Systematik*, namentlich dem Abgleich mit ähnlichen Normen des BGB, ergeben. In diesem Zusammenhang wird bisweilen auf § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB hingewiesen, wonach die durch einen Dritten verübte arglistige Täuschung dann zur Anfechtbarkeit führt, wenn der Vertragspartner die Täuschung kannte oder kennen musste. Als „Dritter“ im Sinne dieser Norm wird dabei derjenige nicht angesehen, der auf Seiten oder im Lager des Anfechtenden steht.⁶⁴ In Anlehnung hieran könnte man diejenige Person als Erfüllungsgehilfen begreifen, die „im Lager“ des Schuldners steht.

Gegen diesen Gedankengang spricht, dass in der Kommentierung zu § 123 BGB vorgeschlagen wird, für die Bestimmung des „Dritten“ auf die Wertung des § 278 BGB zurückzugreifen,⁶⁵ womit man sich in einen exegetischen Zirkel begibt. Hinzukommt, dass § 123 BGB und § 278 BGB durchaus unterschiedliche Sachverhalte regeln: Während § 123 BGB die Willensfreiheit vor oder bei Vertragsschluss schützt, will § 278 BGB die Haftungsrisiken im bestehenden Schuldverhältnis angemessen verteilen. Trotz einer gewissen Parallelität kommt ein mechanischer Gleichlauf bei der Definition von Nicht-Drittem (i.S.v. § 123 Abs. 2 BGB) und Erfüllungsgehilfen (i.S.v. § 278 BGB) daher m.E. nicht in Betracht.

Was den Vergleich mit § 31 BGB angeht, ist dieser enger zugeschnitten, nämlich auf Organe oder (andere) Personen, die die juristische Person repräsentieren. Deren Handeln wird gleichsam als Eigenhandeln der juristischen Person selbst angesehen, was die vergleichsweise strenge, da nicht an die Einschaltung in bestimmte Pflichten anknüpfende Zurechnung nach § 31 BGB rechtfertigt. Für § 278 BGB, der einen viel weiteren Einzugskreis

⁶⁴ Vgl. BGH NJW 2001, 358; Palandt/*Ellenberger*, § 123 Rn. 13; Jauerning/*Mansel*, § 123, Rn. 9.

⁶⁵ Vgl. Palandt/*Ellenberger*, § 123 Rn. 13 („Rechtsgedanke des § 278“).

hat und daher bewusst enger formuliert ist, kommt eine derart weite Zurechnung allenfalls dann in Betracht, wenn für den Schuldner seine „Leute“ gehandelt haben.⁶⁶

Eine andere Norm, an die man sich zur Präzisierung von § 278 BGB anlehnen könnte, ist § 166 BGB (Stichwort: „Wissenszurechnung“). Auch hier sind die Kriterien aber nicht scharf genug, um wirklich zur Konturierung von § 278 BGB beizutragen. Im Übrigen gilt auch hier, dass sich der Themenkreis der Wissenszurechnung zwar mit demjenigen der Haftungszurechnung nach § 278 BGB überschneidet, mit diesem aber nicht deckungsgleich ist.

c) Historie: Verzicht auf Leutehaftung

Aus *historischer* Warte ließe sich möglicherweise argumentieren, dass die Vorstellung der Arbeitsteilung, wie sie § 278 BGB zugrunde liegt, einem überholten, individualistischen Muster des 19. Jahrhunderts folgt und für moderne Großunternehmen (und Großtransaktionen), bei denen stets eine Vielzahl von Beteiligten im Spiel sind, nur bedingt taugt. Allerdings ist zu bedenken, dass große Industrieunternehmen schon im 19. Jahrhundert, also zum Zeitpunkt der Schaffung und Beratung des BGB, an der Tagesordnung waren, die Norm also keineswegs nur vor dem Anschauungsbild des Kleinhandwerkers oder Minderkaufmanns entstanden sein dürfte.⁶⁷

Eher tragfähig erscheint die Überlegung, dass § 278 BGB keine sogenannte Leutehaftung begründet, obwohl dies in den Diskussionen zur Schuldrechtsreform erörtert wurde. Die Schuldrechtskommission hatte sich seinerzeit bewusst gegen eine solche Ausdehnung des § 278 BGB entschieden, u.a. mit dem Argument, dass § 278 BGB nach gegenwärtiger Handhabung, insbesondere durch die Rechtsprechung, genügend Spielraum biete.⁶⁸ Die Norm wurde daher in der Fassung belassen, in der die Kommission sie

⁶⁶ S.o. bei Fn. 62.

⁶⁷ Anders *Köndgen*, FS W.H. Roth, 2015, 311, 314: „Das vorgestellte soziale Milieu [...] sind eher noch die ‚Hausgenossen‘ und der patriarchalische Handwerksmeister, der seine Gesellen um sich schart“. Umfassend zur historischen Genese *Tröger*, S. 75–132.

⁶⁸ BMJ (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 125.

im hergebrachten BGB von 1900 vorgefunden hatte. Hieraus kann man folgern, dass § 278 BGB gegenüber den eine Zurechnung für „Leute“ begründenden Regeln des HGB enger zu handhaben sein muss.

Allerdings ist auch zu sehen, dass die Rechtsprechung zumindest im Ergebnis dazu neigt, bei der Einschaltung von Personen, die man als „Leute“ im handelsrechtlichen Sinne ansehen würde (namentlich Angestellten), die Zurechnung gemäß § 278 BGB ohne größere Umschweife zu bejahen, insbesondere wenn es um die Verletzung von Schutzpflichten geht. Mag man vor diesem Hintergrund § 278 BGB partiell als Leutehaftung lesen,⁶⁹ ist bei seiner Anwendung doch strikt darauf zu achten, ob es sich wirklich um „Leute“ des Schuldners handelt. Für den Fremdgeschäftsführer einer Tochtergesellschaft dürfte dies, jedenfalls wenn er nicht vollkommen als verlängerter Arm der Mutter agiert, eher zu verneinen sein.

d) Zweck: Faire und effiziente Risikoverteilung

Als vierten Eingrenzungsanker kann man den *Normzweck* heranziehen. Wie oben geschildert, geht es der Vorschrift des § 278 BGB um eine gerechte und effiziente Risikoverteilung, indem die Zurechnung des Verhaltens Dritter nach Gefahrenkreisen und der Kosten-/Nutzenbilanz verteilt wird.

Damit eröffnet sich die Möglichkeit, für den konkreten Fall zu prüfen, ob sich aus der Einschaltung einer bestimmten Person ein wenigstens abstrakter Vorteil für den Schuldner ergeben hat und/oder ob die Person, um deren Verhalten es geht, nicht auch (oder sogar ganz) dem Risiko- oder Gefahrenkreis des Gläubigers zugerechnet werden muss. Dementsprechend wird im Schrifttum zu § 278 BGB die Kontrollfrage gestellt, wer die Gefahr des Einsatzes von Drittpersonen besser zu beherrschen, diese also einfacher und effektiver zu kontrollieren vermag.⁷⁰ Zusätzlich mag geprüft werden, wer beim schädigenden Dritten leichter Regress

⁶⁹ Nachweise oben bei Fn. 33.

⁷⁰ Vgl. MüKoBGB/*Grundmann*, § 278 Rn. 4; betont auch *Köndgen*, FS W.H. Roth, 2015, 311, 334 f.: „Die Auswahl- und Kontrollmöglichkeit des Schuldners [...] ist für die vertragliche Gehilfenhaftung grundlegend“. Eingehend und mit ökonomischer Fundierung *Tröger*, S. 200 ff.

nehmen kann.⁷¹ Beide Gedanken können zur restriktiven Auslegung von § 278 BGB fruchtbar gemacht werden.

Zwar soll es nach Ansicht des BGH auf die Kontrollmöglichkeit bei § 278 BGB für die Ermittlung der Erfüllungsgehilfeneigenschaft nicht zwingend ankommen, weshalb auch ein vom Schuldner nicht beherrschter Erfüllungsgehilfe sein kann.⁷² Diese und ähnliche Entscheidungen sind allerdings vor dem Kontext des zugrundeliegenden Sachverhalts zu lesen, in dem es um die Zurechnung des Verhaltens von Notaren und Rechtsanwälten ging.⁷³ Kann der Schuldner den Dritten nicht überwachen oder kann er die Tätigkeit des Dritten unternehmerisch nicht ausnutzen, so sollte die Erfüllungsgehilfeneigenschaft jedenfalls dann verneint werden, wenn seine Tätigkeit unvermeidlich, üblich (Verkehrssitte) oder im Vertrag vorausgesetzt ist.⁷⁴

Nicht immer wird sich die Risikosphäre des Schuldners einfach abgrenzen lassen. Entscheidend muss dann die vertragliche Absprache sein: Welche Tätigkeiten sind dem Schuldner zugewiesen, und welche Sache des Gläubigers? Mangels Vereinbarung greift § 241 Abs. 2 BGB, der *sowohl* dem Schuldner *als auch* dem Gläubiger Rücksichtnahmepflichten auferlegt („jeden Teil“). Was die brisanten vorvertraglichen Aufklärungspflichten angeht, ist dabei auf die Erkenntnisse bei der Herausarbeitung ungeschriebener Aufklärungspflichten zurückzugreifen.⁷⁵ Liegt keine Informationsasymmetrie vor, weil der Schuldner erkennbar nicht über mehr Wissen als der Gläubiger verfügt, scheidet eine gesetzliche Aufklärungspflicht prinzipiell aus. Personen, auf die der Schuldner zur Wissenseinholung verweist, sind dann keine Erfüllungsgehilfen, sondern bloße Auskunftspersonen. Nach § 278 BGB hat der Schuldner ihr Fehlverhalten nur zu vertreten, wenn man sie in den weiten Kreis der „Bewahrungsgehilfen“ einsortiert.

⁷¹ Köndgen, FS W.H. Roth, 2015, 311, 335.

⁷² Vgl. BGHZ 131, 200, 205 f. (Notar). Näher oben, bei Fn. 22.

⁷³ Vgl. BGHZ 58, 207; 62, 119; 123, 1; 131, 200.

⁷⁴ So Lüderitz, NJW 1975, 1, 3 ff. (zur Erfüllungsgehilfeneigenschaft von öffentlichen Amtsträgern wie Gerichtsvollziehern, Notaren, Gerichten, Behörden).

⁷⁵ Eingehend MüKoBGB/Bachmann, § 241 Rn. 121 ff.; speziell im Zusammenhang des § 278 Tröger, S. 464 ff.

Misslich ist es, wenn das von einer bestimmten Person ausgehende Risiko nicht eindeutig einer Seite zugewiesen werden kann, denn § 278 BGB erlaubt keine Zurechnungsteilung, sondern fordert eine Entweder-Oder-Entscheidung.⁷⁶ Hat man für diesen Fall keine vertragliche Vorsorge getroffen, kann man in Anlehnung an § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB darauf abheben, wem die Gefahrbeherrschung „weit überwiegend“ zuzuschreiben ist. Andernfalls bleibt nur der Ausweg, die Zurechnung an den Schuldner zu bejahen und auf dem Weg des Mitverschuldens (§ 254 BGB) für Korrekturen zu sorgen.⁷⁷

e) Fallrechtmethodik: Distinguishing

Schließlich kann zur Eingrenzung an eine Methode aus dem angelsächsischen Raum, nämlich das Distinguishing, gedacht werden. Hintergrund ist die Erkenntnis, dass, wie oben bereits angedeutet, die Ausprägung des § 278 BGB in der Rechtsprechung kasuistisch erfolgt, wovon die Kommentarliteratur reiches Zeugnis ablegt. Vor diesem Hintergrund verbietet es sich, aus Einzeljuridikaten, deren abstrakte Aussagen oder Leitsätze in der Literatur bisweilen isoliert und überhöht herausgezogen werden, vorschnell Verallgemeinerungen zu ziehen.⁷⁸ Vielmehr muss für jeden Präzedenzfall sorgfältig auf den zugrundeliegenden Sachverhalt und die entscheidungserheblichen Fakten abgestellt werden. Dieses Vorgehen ist mühsam, trägt aber gerade im einzelfallgeprägten Kontext vorvertraglicher Aufklärungspflichten Früchte.

VI. Sonderfragen

1. Haftung für Untergehilfen

Fraglich ist, ob der Schuldner auch für Gehilfen des Gehilfen (= Untergehilfen, mittelbare Gehilfen) einzustehen hat. Diese Frage

⁷⁶ Kritisch dazu schon *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502, 513: „Die strikte Risikotrennung i.S. eines *aut ... aut* ist heute weniger denn je möglich“.

⁷⁷ Dazu unten, VI. 3.

⁷⁸ Vgl. generell *Goette*, RabelsZ 77 (2013), 309 ff.

wird bejaht, wenn der Einsatz des Untergehilfen durch den Gehilfen mit dem Einverständnis des Schuldners erfolgte.⁷⁹ Ein solches Einverständnis kann konkludent und in genereller Form erteilt werden. Namentlich in der Vertriebskette lässt der BGH die allgemeine Billigung der Vermittlungstätigkeit genügen, ohne dass es auf eine konkrete Kenntnis der auf den weiteren Vertriebsstufen eingeschalteten Untervermittler ankommt.⁸⁰ Auch einer bis zum Vermittler führenden vertraglichen „Auftragskette“ bedarf es nicht.⁸¹

Liegt ein solches Einverständnis nicht vor, hat der Gehilfe also den Untergehilfen eigenmächtig eingeschaltet, ist letzterer nicht als Erfüllungsgehilfe des Schuldners anzusehen. Dem Schuldner hilft das im Ergebnis freilich wenig, denn in der eigenmächtigen Einschaltung eines Untergehilfen wird man regelmäßig ein Verschulden des Gehilfen sehen können, welches über § 278 BGB im Ergebnis doch zu einer Haftung des Schuldners führt, falls der am Ende der Kette Stehende den Gläubiger schädigt.

2. Abgrenzung zur Substitution

Von der Einschaltung eines Erfüllungsgehilfen ist die sogenannte *Substitution* zu trennen. Von einer solchen spricht man, wenn die Erfüllung der *gesamten* Verbindlichkeit auf einen Dritten übertragen wird. Ist eine solche Übertragung dem Schuldner gestattet, dann haftet er nach dem Gedanken von § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB nur für Fehler bei der Auswahl des Substituten (*culpa in eligendo*). Ist dem Schuldner die Übertragung auf einen Dritten nicht gestattet, dann haftet er für jeden Schaden, der durch den Substituten verursacht wird (*versari in re illicita*).⁸² Zu beachten ist allerdings, dass § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB nach herrschender Meinung nicht bei entgeltlicher Geschäftsbesorgung gilt.⁸³

⁷⁹ MüKoBGB/*Grundmann*, § 278 Rn. 44.

⁸⁰ BGH ZIP 2019, 22, 23 Rn. 17.

⁸¹ BGH ZIP 2018, 1130 Rn. 30; BGH ZIP 2019, 22, 23 Rn. 16.

⁸² Palandt/*Sprau*, § 664, Rn. 5; Jauerning/*Mansel* (Fn. 19), § 664 Rn. 4; *Koller*, ZIP 1985, 1243, 1248.

⁸³ Palandt/*Grüneberg*, § 278, Rn. 10; MüKoBGB/*Grundmann*, § 278 Rn. 28; *Metzler*, AcP 159 (1960), 143, 156.

3. Mitverschulden des Gehilfen

§ 278 BGB gilt auch für das Mitverschulden, wobei § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB, der auf § 278 BGB verweist, nach allgemeiner Ansicht als dritter Absatz zu lesen ist.⁸⁴ Nicht nur der Gläubiger, sondern auch der ersatzpflichtige Schuldner kann sich daher auf § 278 BGB berufen. Seine Haftung wird danach gemindert, wenn der Erfüllungsgehilfe des Gläubigers (also etwa des Käufers) den Schaden mitverursacht hat, den Schuldner nicht auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam gemacht hat oder den Schaden nicht abgewendet oder gemindert hat. Bedeutung kann das erlangen, wenn ein und dieselbe Person sowohl auf Seiten des Schuldners als auch aus Seiten des Gläubigers tätig wird, also partiell in die eine wie in die andere Risikosphäre fällt. Die Teilung des Schadens ist dann auch nach der ratio des § 278 BGB geboten.

VII. Abdingbarkeit

1. Der maßgebliche Zeitpunkt

Da § 278 BGB dispositives Recht ist, können die Parteien die Haftung für Erfüllungsgehilfen ausschließen oder abmildern. Dies ist jedenfalls dann problemlos möglich, wenn der Haftungsfall bereits eingetreten ist. Für die M&A-Praxis bietet es sich z. B. an, *nach* Abschluss der Verhandlungen, aber *vor* dem sog. Signing eine Vereinbarung zu treffen, in der die Haftung für das Verhalten potenzieller Gehilfen im Rahmen der (abgeschlossenen) Verhandlungen begrenzt oder wenigstens definiert wird. Eine Haftungsvereinbarung kann freilich schon in einem früheren Stadium sinnvoll sein, nämlich *bevor* es zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen kommt. In beiden Fällen ist es möglich, die Haftung für Vorsatz des Erfüllungsgehilfen auszuschließen: § 276 Abs. 3 BGB verbietet nur, die Vorsatzhaftung *im Voraus* zu erlassen, und

⁸⁴ St. Rspr., vgl. schon BGH NJW 1951, 477; Palandt/*Grüneberg*, § 254 Rn. 48.