

# Das Unterlassen der „Due Diligence“ als grobe Fahrlässigkeit i.S.d. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB?

Von Stud. iur. **Klintis Gakovi**, Bremen\*

Schon seit Jahrzehnten nehmen Transaktionen im Bereich Mergers & Acquisitions eine wesentliche Rolle hinsichtlich unternehmerischer Investitionsentscheidungen ein.<sup>1</sup> Dass diese dabei stets ein gewisses Risiko bergen, ist nicht zuletzt der nur schwer einzuschätzenden Entwicklung von Unternehmen und der asymmetrischen Informationsverteilung zwischen den Vertragsparteien geschuldet.<sup>2</sup> Um dem entgegenzuwirken, hat sich in der Praxis die aus dem anglo-amerikanischen Kapitalmarkt- und Anlegerschutzrecht<sup>3</sup> stammende „Due-Diligence-Prüfung“ etabliert.<sup>4</sup> Sie wird heute als Prozess verstanden, in welchem der potentielle Käufer das Zielunternehmen mit dem Ziel prüft, sowohl rechtliche als auch wirtschaftliche, tatsächliche und steuerrechtliche Risiken und Schwachstellen des Zielunternehmens aufzudecken.<sup>5</sup>

Angesichts der Tatsache, dass die „Due Diligence“ inzwischen auch im deutschen Raum immer mehr an Relevanz gewinnt,<sup>6</sup> wurden die durch sie aufgeworfenen rechtlichen Fragen in den vergangenen Jahren intensiver beleuchtet und diskutiert. Insbesondere die Frage, ob das Unterlassen der „Due Diligence“ als grobe Fahrlässigkeit i.S.d. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB zu bewerten ist und der Käufer dadurch seiner Gewährleistungsrechte verlustig geht, ist – auch weil die Rechtsprechung diesbezüglich noch keine Stellung bezogen hat – nicht abschließend geklärt.<sup>7</sup> Im Folgenden wird deshalb nach einer kurzen generellen Einführung zur „Due Diligence“ der Meinungsstand illustriert und anschließend umfassend Stellung bezogen.

## I. Das Konzept der „Due Diligence“

Die „Due-Diligence-Prüfung“ bedarf, damit der potentielle Käufer durch sie auch tatsächlich an für ihn relevante Infor-

mationen gelangt, oftmals einer sorgfältigen Planung.<sup>8</sup> Werden durch diese Prüfung nämlich tatsächlich Schwachstellen des Zielunternehmens offenbart, kann der Käufer diese Informationen insofern gewinnbringend für sich nutzen, als er seine Verhandlungsposition stärken oder eben gänzlich von der Transaktion Abstand nehmen kann.<sup>9</sup> In größeren Transaktionen stellt der Käufer deshalb regelmäßig „Due-Diligence-Teams“ zusammen, die sich allein der sorgfältigen Analyse des Zielunternehmens annehmen.<sup>10</sup> Je nachdem, wie viel Zeit und vor allem Kosten dem Käufer dabei zur Verfügung stehen, wird das Zielunternehmen entweder umfassend oder nur hinsichtlich einzelner Teilbereiche – wie etwa der gegenwärtigen Finanz-, Vermögens- und Ertragslage<sup>11</sup> – geprüft.<sup>12</sup> Die dadurch gewonnen Erkenntnis werden schließlich in einem Abschlussbericht, dem sog. „Due-Diligence-Report“, zusammengefasst und dem Käufer vorgelegt.<sup>13</sup>

## II. Verkehrssitteneigenschaft der „Due Diligence“

Hinsichtlich der Frage, ob das Unterlassen der „Due Diligence“ als grobe Fahrlässigkeit i.S.d. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB zu bewerten ist, bleibt zunächst einmal festzuhalten, dass sie zwar regelmäßig geboten ist, den Käufer dahingehend aber jedenfalls keine allgemeine Prüfungspflicht trifft.<sup>14</sup> Die in § 442 Abs. 1 S. 2 BGB vorausgesetzte grobe Fahrlässigkeit kann mithin nur in Betracht kommen, wenn die „Due Diligence“ sich im deutschen Raum generell als Verkehrssitte gefestigt hat und man aufgrund dessen vom Käufer die Durchführung einer solchen nach Treu und Glauben erwarten dürfte respektive verlangen könnte.<sup>15</sup>

Dem Umstand geschuldet, dass es bislang an einer gesetzlichen Definition des Verkehrssittenbegriffs fehlt,<sup>16</sup> sind die Ausführungen der Rechtsprechung diesbezüglich maßgeblich.<sup>17</sup> Danach ist von dem Vorliegen einer Verkehrssitte auszugehen, wenn es sich um eine im Verkehr der beteiligten

<sup>1</sup> So konnten Unternehmenstransaktionen im Jahre 2019 weltweit ein Volumen von mehr als 3.300 Mrd. USD aufweisen, vgl. Mergermarket, Global & Regional M&A-Report 2019, 4.

<sup>2</sup> Vgl. Berens/Knauer/Strauch, in: Berens u.a., Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 8. Aufl. 2019, S. 4.

<sup>3</sup> Schon der Securities Act von 1933 regelte erstmalig die Offenlegung verschiedener Informationen bei der Ausgabe von Wertpapieren, vgl. James, Michigan Law Review 1934, 624 (630, 632).

<sup>4</sup> Vgl. Sher, Jura's Business Law 1998, 15 (15).

<sup>5</sup> Korch, JuS 2018, 521 (525); vgl. auch Saltz, Probate and Property 2008, 32 (32).

<sup>6</sup> Gottgetreu/Petrikowski, in: Sinewe, Unternehmenskauf in der Steuerpraxis, 2. Aufl. 2018, S. 20.

<sup>7</sup> Die Pflicht des Vorstandes zur gründlichen Überprüfung vor dem Erwerb gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG betrifft lediglich die Innenhaftung und kann zur Beantwortung dieser Frage nicht gewinnbringend herangezogen werden, vgl. Picot, in: Berens u.a., Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 8. Aufl. 2019, S. 243.

<sup>8</sup> Hörtnagl/Zwirner, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch, Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 2 Rn. 121.

<sup>9</sup> Vgl. Friese/Mittendorf/Graf von der Schulenberg, WiSt 2005, 548 (552).

<sup>10</sup> Harrer, DStR 1993, 1673 (1674).

<sup>11</sup> Sog. Financial Due Diligence, vgl. dazu Ganzert/Kramer, WPg 1995, 576 (576).

<sup>12</sup> Andreas, in: Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch, Due Diligence, 3. Aufl. 2017, § 8 Rn. 13.

<sup>13</sup> Peter/Graser, DStR 2009, 2032 (2035).

<sup>14</sup> Vgl. etwa Lubos, DStR 1999, 951 (952).

<sup>15</sup> Hörmann, in: Birk, Transaktionen, Vermögen, Pro Bono: Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P + P Pöllath + Partners, 2008, S. 135 (159).

<sup>16</sup> Schubert, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 242 Rn. 11.

<sup>17</sup> Vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 157 Rn. 16.

Kreise herrschende tatsächliche Übung handelt, die aber jedenfalls auch eine gewisse Festigkeit erreicht hat.<sup>18</sup> Vor diesem Hintergrund reicht es nicht aus, wenn die Übung zwar überwiegend, aber oftmals eben auch nicht befolgt wird.<sup>19</sup> Übertragen auf die „Due Diligence“ bedeutet dies: Stellt die „Due Diligence“ bei Unternehmenstransaktionen eine hinreichend verfestigte Übung dar, ist sie als Verkehrssitte mit der Folge zu qualifizieren, dass der Käufer bei Nichtführung dieser grob fahrlässig i.S.d. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB gehandelt hat.<sup>20</sup>

1. Zum Teil wird vertreten, dass die „Due Diligence“ (schon) heute als Verkehrssitte zu qualifizieren sei.<sup>21</sup> Als das schwerwiegendste und im Ergebnis wohl einzige Argument wird dabei genannt, man könne empirischen Studien deutlich entnehmen, dass die „Due Diligence“ zur Vorbereitung eines Unternehmenskaufs – auch bei rein innerdeutschen Transaktionen ohne jeglichen Auslandsbezug – nahezu immer durchgeführt werde: So habe etwa jeder M&A-Verantwortliche der deutschen DAX-30-Unternehmen schon 2003 bei einer Umfrage angegeben, die „Due Diligence“ stelle in Deutschland mittlerweile eine Verkehrssitte dar.<sup>22</sup> Dies zeige, dass die „Due Diligence“ im entsprechenden Verkehrskreis von Unternehmenskäufen eine gefestigte Übung und somit eine Verkehrssitte darstelle.<sup>23</sup>

2. Andererseits wird sehr überwiegend aber vertreten, dass die „Due Diligence“ derzeit (noch) nicht als Verkehrssitte qualifiziert werden könne.<sup>24</sup> Argumentiert wird dies zunächst damit, dass selbst die in Bezug auf die „Due Diligence“ aufgesetzten empirischen Studien im Ergebnis aufgrund der verhältnismäßig nur geringen Rücklaufquote nicht repräsentativ seien.<sup>25</sup> Doch selbst wenn dem nicht so wäre, könne allein aus der Häufigkeit der Durchführung jedenfalls keine Verkehrssitte abgeleitet werden, da dies der Individualität der „Due Diligence“ nicht gerecht werden würde.<sup>26</sup>

Als weiteres Argument wird außerdem genannt, dass man im Hinblick auf die erheblichen Rechtsfolgen der Qualifizierung als Verkehrssitte – namentlich den Ausschluss der gesetz-

lichen Käuferrechte durch § 442 BGB – sehr strenge Anforderungen an den Begriff der Verkehrssitte stellen müsse.<sup>27</sup>

Zudem sei darüber hinaus schon wegen der verschiedenen Arten der „Due Diligence“ und insbesondere wegen der zu großem Teil modifizierten<sup>28</sup> und eben nicht standardisierten Checklisten kein für die Verkehrssitte erforderlicher genereller Prüfungsmaßstab erkennbar.<sup>29</sup> Vielmehr sei die Durchführung der „Due Diligence“ in der Praxis schon der Natur der Sache nach an die Bedürfnisse der verschiedenen Unternehmen gebunden, sodass sie sich nach den Umständen des Einzelfalls zu richten habe.<sup>30</sup> Deshalb lasse sich die „Due Diligence“ jedenfalls nicht mit den Fällen vergleichen, in denen die Rechtsprechung tatsächlich eine Verkehrssitte angenommen hat – wie etwa für den Fall, dass dem Käufer eines Gebrauchtwagens die Pflicht zur Probefahrt auferlegt wurde.<sup>31</sup> Dort sei für den Käufer nämlich anders als bei der „Due Diligence“ erkennbar, welche Nachforschungsanstrengungen er zu leisten habe.<sup>32</sup>

Auch die Tatsache, dass der Umfang, die Dauer, die Art und die Intensität der „Due Diligence“ von den Parteien in der Praxis häufig erst noch ausverhandelt werden müssen,<sup>33</sup> spreche schließlich dafür, dass die „Due Diligence“ in jedem Fall nicht als sich ständig wiederholende Übung und somit als Verkehrssitte bewertet werden dürfe.<sup>34</sup>

### III. Stellungnahme

Fraglich ist nun also, welcher der beiden Auffassungen im Ergebnis zu folgen ist. Vor diesem Hintergrund bleibt zunächst zu sagen, dass beide Auffassungen sich auf Studien bzw. Befragungen beziehen, die knapp 20 Jahre und zum Teil sogar noch länger zurückliegen. Diese besitzen, unabhängig von ihren Ergebnissen, schon deshalb kaum eine Aussagekraft, weil die Wirtschaft sehr dynamisch ist und auch extrem von äußeren Faktoren abhängt – bestes Beispiel dafür ist wohl die aktuelle COVID-19-Krise, die den M&A-Markt in ihrer ersten Welle beinahe völlig stillgelegt hat.<sup>35</sup> Vielmehr müssen die Ergebnisse aktueller Umfragen herangezogen werden, welche dann auch als Fundament dienen können, in die eine oder andere Richtung zu argumentieren. Diesbezüglich kann beispielhaft etwa genannt werden, dass nach einer Umfrage des FINANCE-Magazins aus dem Jahre 2019 32 %

<sup>18</sup> RGZ 110, 47 (49); RG, Urt. v. 10.1.1925 – I 106/25; BGH, Urt. v. 30.3.1990 – V ZR 113/89, Rn. 10.

<sup>19</sup> RGZ 75, 338 (340); RG, Urt. v. 17.2.1911 – II 211/10.

<sup>20</sup> Vgl. Ehring, Die Due Diligence im Spannungsverhältnis zwischen kaufrechtlichem Haftungssystem und vertraglicher Gestaltung, 2010, S. 180.

<sup>21</sup> So etwa: Vogt, DStR 2001, 2027 (2031); Bank, in: Patzina u.a., Haftung von Unternehmensorganen, 2020, Kap. 6 Rn. 295; Böttcher, NZG 2005, 49 (50).

<sup>22</sup> Vgl. Böttcher, Verpflichtung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zur Durchführung einer Due Diligence beim Beteiligungserwerb, 2005, S. 141 ff.

<sup>23</sup> Vgl. Böttcher, NZG 2005, 49 (50).

<sup>24</sup> So etwa: Rittmeister, NZG 2004, 1032 (1032); Fleischer/Körber, BB 2001, 841 (847); Loges, DB 1997, 965 (968); Müller, NJW 2004, 2196 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Picot (Fn. 7), S. 245 m.w.N., wobei diesbezüglich lediglich auf eine 1999 eigens von Berens und Strauch durchgeführte Studie Bezug genommen wird, die eine Rücklaufquote von nur 11,3 % verzeichnen konnte.

<sup>26</sup> Ehring (Fn. 20), S. 181.

<sup>27</sup> Westermann, ZHR 2005, 248 (264).

<sup>28</sup> Vgl. bezüglich modifizierter Checklisten etwa Chu, Business Law Today 1997, 8 (11), der dazu rät, eine „master due diligence checklist“ anzufertigen und diese als Grundlage für modifizierte Checklisten zu nehmen.

<sup>29</sup> Ehring (Fn. 20), S. 180; vgl. auch: Picot (Fn. 7), S. 245.

<sup>30</sup> Müller, NJW 2004, 2196 (2198).

<sup>31</sup> Vgl. OLG Köln, Urt. v. 8.4.1992 – 2 U 90/91, Rn. 29 bzgl. der Besichtigungspflicht des Käufers.

<sup>32</sup> Hörmann (Fn. 15), S. 159.

<sup>33</sup> Vgl. Picot (Fn. 7), S. 245.

<sup>34</sup> Vgl. Fn. 24; im Ergebnis so auch: Beisel, in: Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch, Due Diligence, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 9.

<sup>35</sup> Vgl. dazu Finance, M&A Panel, Umfrage April 2020 – Ergebnisse, S. 2.

der M&A-Verantwortlichen von Unternehmen der Auffassung seien, eine umfassende „Due Diligence“ werde in den nächsten Jahren noch wichtiger sein als ohnehin schon – die restlichen 68 % sehen eine zumindest gleichbleibende Bedeutung.<sup>36</sup>

Hat man solch aktuelle Ergebnisse sodann vorliegen, können diese auch nicht – wie von der zweiten Auffassung vertreten – mit dem Argument unberücksichtigt bleiben, sie würden nicht repräsentativ sein: Umfragen bzw. Studien können schon der Natur der Sache nach nicht immer absolut vollumfassend die tatsächliche Sachlage widerspiegeln. Sicherlich wird es auch Fälle geben, in denen die „Due Diligence“ nicht vollzogen wird; es ist aber schon aus praktischen Gründen darauf zu vertrauen, dass den Befragten eine hinzunehmende Repräsentativitätsfunktion zukommt. Ansonsten besäße eine Umfrage de facto keinen Nutzen und würde ihrer Sinnhaftigkeit beraubt werden. Die Ergebnisse müssen also, wie von der ersten Auffassung im Grunde genommen richtig erkannt, berücksichtigt und in die Bewertung der Frage nach der Verkehrssitteneigenschaft einfließen.

Des Weiteren vermag auch das Argument, die Verkehrssitteneigenschaft der „Due Diligence“ müsse aufgrund der scharfen Rechtsfolgen von § 442 BGB abgelehnt werden, im Ergebnis nicht zu überzeugen: Zwar sind die mit der Bejahung der Verkehrssitte einhergehenden Rechtsfolgen des § 442 BGB im Grundsatz tatsächlich sehr weittragend und schwer. Dies ist wohl auch der Grund, weshalb die Rechtsprechung die Verkehrssitteneigenschaft nur in wenigen Fällen explizit bejaht hat.<sup>37</sup> Jedoch ist gerade in der M&A-Praxis zu beachten, dass das gesetzliche Gewährleistungsrecht – und mithin auch § 442 BGB – in den allermeisten Unternehmenskaufverträgen ohnehin abbedungen<sup>38</sup> und durch ein eigens entwickeltes vertragliches Gewährleistungsrecht ersetzt wird.<sup>39</sup> In diesen absolut regelmäßig stattfindenden Fällen kommt es auf die Rechtsfolge des § 442 BGB mithin gar nicht mehr an. Im Ergebnis greift das Argument der zweiten Auffassung hier somit sicherlich theoretisch, aber jedenfalls für den allergrößten Teil der Fälle nicht praktisch.

Schließlich ist auch dem Argument, die verschiedenen Arten bzw. Konstellationen der „Due Diligence“ und die damit einhergehende Unvergleichbarkeit mit den von der Rechtsprechung anerkannten Fälle würden gegen die Verkehrssitteneigenschaft sprechen, nicht zuzustimmen. Die Vertreter dieser Auffassung erkennen zwar richtigerweise, dass im Rahmen einer „Due Diligence“ tatsächlich sehr vieles zu verhan-

deln ist und die „Due Diligence“ mithin eine naturgemäße Individualität aufweist. Sie verkennen allerdings entscheidend, dass allein die Verhandlungen über das „Wie“ der Durchführung nicht per se gegen die Verkehrssitteneigenschaft der „Due Diligence“ spricht, da wegen der durch die Studien belegten Häufigkeit der „Due Diligence“ jedenfalls vom „Ob“ der Durchführung auszugehen ist. Mithin kann in jedem Fall von einer für die Verkehrssitte notwendigen tatsächlichen Übung von gewisser Festigkeit im entsprechenden Verkehrskreis gesprochen werden.

Dass dieser Fall damit zwar in gewisser Weise unvergleichbar mit den von der Rechtsprechung anerkannten Fällen ist, stimmt zwar grundsätzlich, vermag die Ablehnung der „Due Diligence“ als Verkehrssitte im Ergebnis aber ebenfalls nicht zu begründen: Allein die Tatsache, dass ein Fall den von der Rechtsprechung anerkannten Fällen nicht absolut gleich gelagert ist, kann nicht ohne Weiteres gegen die Verkehrssitteneigenschaft der „Due Diligence“ sprechen. Diese Fälle sollten nämlich nicht als absoluter Maßstab, sondern vielmehr lediglich als Orientierung verstanden werden. Gelingt ein in allen Hinsichten treffender Vergleich mit diesen Fällen wie vorliegend wegen der naturgemäßen Individualität der „Due Diligence“ nicht, ist der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz heranzuziehen und die Sachlage sauber darunter zu subsumieren.

Kommt man in der Subsumtion sodann zu dem Ergebnis, dass die „Due Diligence“ – wie bereits festgestellt – eine tatsächliche und gefestigte Übung darstellt und mithin die Verkehrssitteneigenschaft begründet, widerspricht dies jedenfalls den bisherigen Ausführungen der Rechtsprechung nicht. Auch geht damit ein dogmatisch absolut sauberes und wegen der in diesem Fall faktisch eben nicht weitreichenden Rechtsfolgen für den Käufer interessensgerechtes Ergebnis einher.

Insgesamt bleibt somit also zu sagen, dass die Argumente der zweiten Auffassung jedenfalls qualitativ nicht überzeugen können. Die „Due Diligence“ ist im Ergebnis mithin, wie von der ersten Auffassung richtigerweise vertreten, als Verkehrssitte einzustufen und das Unterlassen dieser als grobe Fahrlässigkeit gem. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB zu bewerten.

<sup>36</sup> Vgl. Finance (Fn. 35), S. 5.

<sup>37</sup> So wurde das Vorliegen einer Verkehrssitte etwa auch bei dem Erwerb von Häusern, Kunstwerken und auch Antiquitäten angenommen, vgl. dazu etwa LG Bielefeld, Urt. v. 20.9.1988 – 23 O 101/88, Rn. 18.

<sup>38</sup> Teilweise wird durch sog. „sandbagging“-Klauseln stattdessen auch vereinbart, dass die Garantieansprüche des Käufers trotz jeder Kenntnis unberührt bleiben, vgl. dazu: *Beisel*, in: *Beisel/Klumpp*, *Der Unternehmenskauf*, 7. Aufl. 2016, § 16 Rn. 153 f. Im Ergebnis kommt es dann aber dennoch nicht auf die Verkehrssitteneigenschaft an.

<sup>39</sup> *Gottgetreu/Petrikowski* (Fn. 6), S. 25 f.