

**Grünwald/Schummer/Zollner
(Hrsg.)**

Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis

Festschrift für Waldemar Jud

Linde

Listiges Schweigen beim Unternehmens- und Anteilskauf

Alexander Schopper

- 1. Einleitung**
- 2. Arglistanfechtung und Vertragsgestaltung**
- 3. Aktive Täuschung versus listiges Schweigen**
- 4. Inhalt und Grenzen der Aufklärungspflichten**
 - 4.1. Allgemeine Grundsätze
 - 4.2. Differenzierung nach Vertragstypus oder Tragweite der Transaktion
 - 4.3. Aufklärungspflicht und vertraglicher Gewährleistungsausschluss
- 5. Zu den Verschuldensvoraussetzungen**
- 6. Zurechnung von fremdem Erklärungsfehlverhalten**
- 7. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen**

1. Einleitung

Waldemar Jud verfasste vor 25 Jahren einen Festschriftbeitrag zur „Anfechtbarkeit des Unternehmenskaufs aus einer Verlassenschaft wegen *laesio enormis* oder Irrtums über den Wert“.¹ Eindrucksvoll zeigt der Beitrag, dass auch grundlegende Fragen aus dem Allgemeinen Teil des Zivilrechts bei der Abwicklung von Unternehmens- und Anteilskaufverträgen zu beachten sind, und wie das Zivilrecht hier mit unternehmensrechtlichen Normen zusammenspielt.

Die Frage der Anfechtbarkeit von Unternehmens- und Anteilskaufverträgen hat bis heute nichts an Aktualität eingebüßt. Anknüpfend an die Ausführungen von *Waldemar Jud*² widmet sich der gegenständliche Beitrag einer besonders scharfen Waffe, die gerade in jüngster Zeit verstärkt herangezogen wird, um unliebsame Unternehmens- und Anteilskäufe nachträglich zu Fall zu bringen, nämlich der Anfechtung wegen listigem Schweigen beim Vertragsabschluss.

Gesetzliche Grundlage für die arglistige Irreführung im Zivilrecht ist § 870 ABGB: „*Wer vom anderen Teil durch List (...) zu einem Verträge veranlasst worden, ist ihn zu halten nicht verbunden.*“ List ist nach der in Österreich hA³ die rechtswidrige, vorsätzliche Täuschung der anderen Vertragspartei. Der arglistig getäuschte Vertragspartner kann die Aufhebung des Vertrages mit schuld- und sachenrechtlicher Ex-tunc-Wirkung begehren. Dies erfolgt gerichtlich gegenüber dem Vertragspartner⁴ durch Klage oder Einrede. Zahlreiche Fragen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines Unternehmens- oder Anteilskaufes sind noch nicht abschließend geklärt.⁵ Sie wären mE ein spannender Gegenstand für eine eigene Untersuchung, worauf hier nur hingewiesen sei. Hätte der Getäuschte den Vertrag ohne Irreführung abgeschlossen, jedoch mit anderem Inhalt, kann er auch die Anpassung des Vertrages verlangen.⁶

Besonders scharf ist die Waffe der Arglistanfechtung vor allem aus folgenden Gründen:

- Sie lässt sich durch eine Vertragsgestaltung nicht ausschließen und nur äußerst schwer einschränken.
- Das Recht zur Anfechtung oder Vertragsanpassung unterliegt der 30-jährigen Verjährungsfrist⁷ ab Vertragsabschluss und kann daher auch nach extrem langer Zeit zu einer Rückabwicklung der M&A-Transaktion führen.

¹ In FS *Wagner* (1987) 213 ff.

² Zur listigen Irreführung siehe *W. Jud* in FS *Wagner* 213 (221).

³ RIS-Justiz RS0014827; *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB³ § 870 Rz 3; *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 870 Rz 1; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 870 Rz 2.

⁴ Auf Detailfragen der Anfechtung bei zwischenzeitlicher Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolge auf Seiten des Anfechtungsgegners oder des Anfechtungsberechtigten kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden.

⁵ Vgl zur gewährleistungsrechtlichen Wandlung *Welser/Sieglwart*, Die praktische Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen aus Unternehmens- und Anteilskaufverträgen, in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I (2010) 135; *Puck*, Der Unternehmenskauf (1996) 89 ff.

⁶ § 872 ABGB analog; vgl *Gschnitzer* in *Klang IV/1*² 143; *Iro*, Versuch eines harmonischen Verständnisses der Bestimmungen über Willensmängel bei Verkehrsgeschäften, JBl 1974, 225 (233 f); *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 870 Rz 28 f.

⁷ § 1487 ABGB e contrario; vgl OGH 28.6.1972, 5 Ob 106/72 = JBl 1973, 257; OGH 10.7.1986, 7 Ob 501/86. Siehe auch *Reich-Rohrwig*, Auslegung und Reichweite von Bilanzgarantien, in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I, 436 f; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 870 Rz 9; *Mader/Janisch* in *Schwimmann*, ABGB³ § 1487 Rz 12; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 870 Rz 31.

- Die Rechtsfolge der Vertragsanfechtung greift auch bei Vorliegen eines bloßen Motivirrtums⁸ ein und nach der hA unabhängig davon, ob es sich um einen wesentlichen oder unwesentlichen Irrtum handelt.
- Einige zentrale Tatbestandsvoraussetzungen der List sind nicht abschließend geklärt. Das gilt insbesondere für die Grenzen der gebotenen Aufklärung, die für eine Vertragsanfechtung wegen listigem Schweigen wesentlich sind, aber zB auch für Detailfragen bei den Verschuldensvoraussetzungen von § 870 ABGB. In der Praxis von Unternehmens- und Anteilskäufen führt das häufig zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit.

Das Damoklesschwert der potenziellen Anfechtbarkeit kann die Bestandskraft des Unternehmens- oder Anteilskaufvertrages auch über einen extrem langen Zeitraum in Zweifel ziehen, was nicht nur für den Veräußerer, sondern auch für den Rechtsverkehr eine Belastung darstellt.

2. Arglistanfechtung und Vertragsgestaltung

Einer M&A-Transaktion gehen in aller Regel intensive Vertragsverhandlungen voraus. Führen die Verhandlungen zum Erfolg, münden sie in ein schriftliches Vertragswerk, das je nach den Umständen des Einzelfalls auch sehr umfangreich sein kann. Ein zentraler Bestandteil solcher Verträge sind die Bestimmungen über die Gewährleistung und Haftungen des Unternehmens- oder Anteilsverkäufers, die je nach Transaktionsstruktur (share deal oder asset deal) und Verhandlungsposition bzw Interesse der Vertragsparteien variieren.⁹ Im Regelfall besteht die Vereinbarung aus einer Reihe von Gewährleistungszusagen (representations and warranties) und einem Gewährleistungsausschluss, der weiter oder enger gefasst sein kann.

Im Unterschied zu irrturns-, gewährleistungs- und schadenersatzrechtlichen Ansprüchen sowie zum Anfechtungsrecht wegen laesio enormis¹⁰ sind dem Vertragsverfasser beim Recht auf Anfechtung wegen arglistiger Irreführung besonders enge Grenzen gesetzt.¹¹ Auf die Geltendmachung einer Arglistanfechtung iSd § 870 ABGB kann im Voraus nicht verzichtet werden.¹² Ein entsprechender vertraglicher Ausschluss im Vorhinein

⁸ Vgl 78 BlgHH 21. Sess, 136; vgl im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen auch *Dorda/Ramsauer*, Culpa in Contrahendo, List und Irrtum bei Unternehmenskauf und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I, 82 f.

⁹ Vgl dazu *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I, 117.

¹⁰ Siehe § 351 UGB.

¹¹ Auf § 937 ABGB ist hinzuweisen. Ein besonders weit gefasster Verzicht auf die Anfechtung des Vertrages „aus einem sonstigen Grunde“ ist als allgemeiner unbestimmter Einwendungsverzicht unverbindlich und vermag auch die Vertragsanfechtung wegen Irrtums nicht auszuschließen. Vgl OGH 7.7.1983, 6 Ob 695/83; OGH 26.6.1997, 2 Ob 131/97x (hier Verzichtserklärung, wonach „weitergehende Ansprüche“ ganz allgemein ausgeschlossen sein sollten); RIS-Justiz RS0014945.

¹² Siehe etwa OGH 7.5.1958, 5 Ob 131/58; OGH 20.3.1968, 6 Ob 83/68 = SZ 41/33; OGH 27.4.1976, 3 Ob 511/76; OGH 9.7.1987, 7 Ob 722/86 = WBI 1987, 345 = SZ 59/126; OGH 13.7.1998, 7 Ob 354/97b; OGH 22.10.2009, 3 Ob 111/09h = JBI 2010, 180; RIS-Justiz RS0014782; RIS-Justiz RS0014784; *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I, 436; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 870 Rz 30.

ist unwirksam. Nach der Rsp ist ein im Vorhinein vereinbarter Verzicht auf das Anfechtungsrecht bzw die Erhebung der Einwendung der listigen Irreführung mit dem Zweck des § 870 ABGB unvereinbar, weil dadurch der Schutz des getäuschten Vertragsteiles vor betrügerischem Verhalten anderer Personen vereitelt würde.¹³ Das gilt unabhängig davon, ob die List in einer aktiven Täuschung oder im Verschweigen von offenlegungspflichtigen Umständen besteht. Unverzichtbar ist nicht nur das Recht auf Anfechtung des Vertrages selbst, sondern auch die mit der erfolgreichen Anfechtung einhergehenden bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsansprüche. Diese sind daher auch nicht von einer allenfalls vertraglich vorgesehenen allgemeinen Haftungsobergrenze (cap)¹⁴ erfasst.

Hat der Getäuschte nachträglich Kenntnis von der Anfechtbarkeit des Vertrages erlangt, ist ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht zulässig.¹⁵ Das gilt nicht nur für die Anfechtbarkeit wegen Irrtums, sondern auch für jene nach § 870 ABGB, weil hinsichtlich der Schutzwürdigkeit des Irrenden und des listig Getäuschten nach der Kenntniserlangung kein Unterschied besteht. Die bloße nachträgliche Kenntnis des Umstands, über den der Getäuschte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geirrt hat, reicht nicht. Zusätzlich muss dem Getäuschten bewusst sein, dass daraus für ihn ein Anfechtungsrecht resultiert. Ein solcher nachträglicher Verzicht kann ausdrücklich erklärt werden, wenn beispielsweise die Parteien nach Kenntnis über die Anfechtbarkeit einen weiteren Vertrag abschließen und darin auf bereits bestehende Anfechtungsrechte verzichten.¹⁶ Ein Verzicht kann aber auch konkludent erklärt werden.¹⁷ Allerdings wird – entgegen einer Tendenz in der älteren Rsp¹⁸ – der bloße Umstand, dass der Unternehmenskäufer nach Kenntnis seines Anfechtungsrechts dieses nicht binnen angemessener Zeit ausübt, im Regelfall keinen stillschweigenden Verzicht auf das Anfechtungsrecht darstellen.¹⁹ Zur bloßen Nichtausübung der Rechte aus § 870 ABGB trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit müssen noch weitere Umstände hinzukommen. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung darf kein vernünftiger Grund übrig bleiben, daran zu zweifeln, dass der arglistig Getäuschte auf sein Anfechtungsrecht verzichten wollte. Wegen § 863 zweiter Halbsatz ABGB und weil dem österreichischen Recht ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, wonach ein Recht durch lang andauernde Untätigkeit verwirkt ist, unbekannt ist, ist bei Annahme eines konkludenten Verzichts Zurückhaltung geboten. Im Zusammenhang mit der Arglistanfechtung eines Anteilskaufs hielt der OGH²⁰ fest, dass die Vertragsanfechtung nach § 870 ABGB trotz unterlassener Rüge nach Kenntnis und trotz jahrelangen Zuwartens mit der Geltendmachung möglich sei. Das kann im Einzelfall freilich dazu führen, dass ein Unter-

¹³ OGH 20.3.1968, 6 Ob 83/68 = SZ 41/33.

¹⁴ Allgemein dazu *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I, 108.

¹⁵ OGH 10.7.1984, 5 Ob 639/83.

¹⁶ Eine derartige Konstellation ist zB denkbar, wenn Anteile in mehreren Tranchen veräußert werden.

¹⁷ OGH 7.10.1969, 8 Ob 128/69.

¹⁸ OGH 24.11.1977, 7 Ob 703/77.

¹⁹ Vgl auch OGH 4.7.2007, 2 Ob 95/06v = SZ 2007/109.

²⁰ OGH 9.7.1987, 7 Ob 722/86 = WBI 1987, 345 (Spielcasino in türkischem Hotel).

nehmens- oder Anteilkäufer, der einmal Kenntnis über die Anfechtbarkeit der Transaktion erlangt, das erworbene Unternehmen über (äußerst) lange Dauer auf das Risiko des Veräußerers weiterführt und sich erst dann auf sein Anfechtungsrecht beruft, wenn er mit dem Unternehmen Schiffbruch erleidet. Teilweise mag das auf Grund des besonderen Unrechtsgehalts bei der arglistigen Täuschung gerechtfertigt erscheinen, wobei zu beachten ist, dass eine derart lang bestehende „Rückabwicklungs-Option“²¹ für den Erwerber auch massiv den Interessen des Rechtsverkehrs zuwiderläuft. Lag auf Seiten des Täuschenden bloß *dolus eventualis* vor oder war er gem § 875 Satz 2 ABGB überhaupt nur in fahrlässiger Unkenntnis über die listige Irreführung seines Vertragspartners durch einen Dritten, ist das ein wertungsmäßig überschießendes Ergebnis. Dem könnte einerseits mit den Regeln der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung²² und als *ultima ratio* mit § 1295 Abs 2 ABGB begegnet werden.²³ *De lege ferenda* ist mE ganz allgemein über eine Reform der Verjährungsfristen nachzudenken.

Von einem gänzlichen Ausschluss des Anfechtungsrechts zu unterscheiden ist die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Geltendmachung der Anfechtung nach § 870 ABGB vertraglich modifiziert werden können. Unabhängig von den nachfolgenden rechtsdogmatischen Überlegungen ist zunächst aus rein wirtschaftlicher Sicht zu bedenken, dass ein Verhandlungspartner, der im Rahmen von Vertragsverhandlungen die Aufnahme einer Vertragsklausel vorschlägt, welche die Rechte der anderen Partei im Falle einer listigen Irreführung in welcher Form auch immer beschränkt, rasch in einen Erklärungsnotstand kommen dürfte. Auf Grund des mit der Arglist verbundenen negativen Beigeschmacks wird sich die andere Partei (in aller Regel der Unternehmens- oder Anteilkäufer) überlegen, was ihr Verhandlungspartner denn im Schilde führt, wenn dieser versucht, sich vertraglich gegen eine Arglistanfechtung abzusichern.

Dessen ungeachtet können die Parteien nach zutreffender Ansicht von *Reich-Rohrwig*²⁴ für die Geltendmachung der Arglist eine kurze Verfallsfrist ab dem Zeitpunkt des Erkennens der Arglist durch den Getäuschten vertraglich vereinbaren. Allerdings muss diese Verfallsfrist zumindest so lange sein, dass dem Getäuschten, nachdem er Kenntnis über die Anfechtbarkeit der Transaktion erlangt hat, eine angemessene Zeit zur Wahrnehmung seiner Rechte bleibt. Darüber hinaus sei es nach *Reich-Rohrwig*²⁵ zulässig, die 30-jährige Frist für die Vertragsanfechtung gem § 870 ABGB vertraglich zu verkürzen –zulässig sei etwa die Vereinbarung einer Drei-Jahres-Frist– und dem Käufer gleichzeitig eine Untersuchungsobliegenheit aufzuerlegen. Von dieser kurzen Verjährungsfrist auszunehmen seien nur jene wesentlichen Geschäftsirrtümer (nicht aber unwesentliche Geschäftsirrtümer und Motivirrtümer) des Erwerbers, die auch bei sorgfältiger Prüfung in-

²¹ Vgl *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I, 437.

²² Dies wäre jedoch Gegenstand einer eigenen Untersuchung.

²³ Die von *U. Torggler*, Emittentenhaftung: *roma locuta* und alle Fragen offen, *ecolex* 2010, 1121 (1124) vertretene analoge Anwendung von § 376 UGB ist auf schadenersatzrechtliche Ansprüche beschränkt und daher im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig.

²⁴ In *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I, 437.

²⁵ In *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I, 437.

nerhalb dieser verkürzten Untersuchungsfrist nicht erkennbar sind.²⁶ Ob eine solche Verkürzung der Verjährungsfrist – selbst bei Einhaltung der von *Reich-Rohrwig* vorgeschlagenen Einschränkungen – einer Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB oder einer allgemeinen Sittenwidrigkeitsprüfung nach Abs 1 *leg cit* standhält, ist mE fraglich.²⁷ Dagegen spricht die Tendenz in der Rsp²⁸, wonach der Überlistende jedes Schutzes unwürdig sei, was mE aber überzogen ist, wenn dieser etwa nur grob fahrlässig gem § 875 Satz 2 ABGB gehandelt hat oder zB mit einem Eventualvorsatz gegen eine Aufklärungspflicht betreffend ein Motiv der anderen Vertragspartei verstoßen hat. Zutreffend hat der BGH²⁹ festgehalten, dass arglistig nicht nur ein Handeln ist, das von betrügerischer Absicht getragen ist, sondern auch solche Verhaltensweisen, mit denen kein Unwerturteil verbunden sein muss. Das gilt grundsätzlich auch für die Rechtslage in Österreich und kann in Einzelfällen gerade im Rahmen einer Inhalts- bzw Sittenwidrigkeitskontrolle, bei der auch Wertungsfragen eine maßgebende Rolle spielen, ins Gewicht fallen.

Sittenwidrig und daher unwirksam ist eine vertragliche Vereinbarung, welche das Recht zur Anfechtung gem § 870 ABGB bei Vorliegen von Eventualvorsatz ausschließt und die Verschuldensvoraussetzungen auf positive Kenntnis oder gar Absicht des Täuschenden reduziert.

Zulässig ist mE aber eine vertragliche Vereinbarung, nach der die Zurechnung von bestimmten Personen oder einer Personengruppe als Verhandlungsgehilfe einer Vertragspartei ausgeschlossen wird. Verhandlungsgehilfe ist, wer im Auftrag einer Vertragspartei handelt und maßgeblich am Zustandekommen des Geschäfts mitgewirkt hat. Durch vertragliche Vereinbarung kann mE wirksam festgelegt werden, dass bestimmte Personen oder Personengruppen nicht im Auftrag einer Vertragspartei (in aller Regel im Auftrag des Verkäufers) bei der Anbahnung des Geschäfts tätig werden und somit nicht als Verhandlungsgehilfen gelten. Gleiches wird beispielsweise mit einer vertraglichen Vereinbarung erreicht, wonach nur die von bestimmten Personen stammenden Auskünfte für relevant erklärt werden und Auskünfte oder auch unterlassene Auskünfte von anderen Personen für irrelevant erklärt werden. Praktisch relevant ist das vor allem, wenn der Käufer bzw seine Berater eine umfassende Due Diligence vor Ort im Zielunternehmen durchführen und hier mit diversen Mitarbeitern sprechen. Dieser Vorgang kann eine für den Verkäufer unkontrollierbare Eigendynamik entwickeln. Daher kann es sinnvoll sein, nur die von einem bestimmten Personenkreis erteilten Auskünfte als für die Anbahnung des Vertrages relevant zu bestimmen. Informationen, die der anderen Partei von „*ausgeschlossenen Personen*“ im Vorfeld der Transaktion erteilt oder vorenthalten werden, sind dann nicht so zu behandeln, als hätte der Geschäftsherr (Verkäufer) selbst das Erklärungsfehl-

²⁶ *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I, 437.

²⁷ Im Hinblick auf die Motivirrtümer des Erwerbers, die nach dieser Ansicht ebenfalls uneingeschränkt unter die vertraglich verkürzte Verjährungsfrist fallen sollen, ist darauf hinzuweisen, dass die Gleichstellung von Motiv- und Geschäftsirrtum im Rahmen der Arglist gem § 870 ABGB auf einer bewussten Entscheidung des historischen Gesetzgebers beruht. Vgl 78 BlgHH 21. Sess, 136.

²⁸ Vgl zB OGH 10.7.1986, 7 Ob 501/86.

²⁹ BGH in NJW 1992, 1953; zu den Verschuldensvoraussetzungen näher unten Punkt 5.

verhalten gesetzt.³⁰ Ist eine Person, die im Rahmen der Anbahnung des Vertrages Informationen erteilt oder vorenthält, auf Grund einer wirksamen vertraglichen Vereinbarung nicht als Verhandlungsgehilfe einzustufen, so ist sie „Dritte“ iSd § 875 ABGB. Die von einem Dritten in die Irre geführte Vertragspartei kann sich daher auf § 870 ABGB nur berufen, wenn der andere Vertragsschließende an der arglistigen Täuschung des Dritten teilnahm oder von dieser wissen musste.

3. Aktive Täuschung versus listiges Schweigen

Es entspricht der hA³¹, dass zwei Grundtypen der listigen Irreführung zu unterscheiden sind: Zum einen ist der Tatbestand von § 870 ABGB erfüllt, wenn der Vertragspartner durch aktive Vorspiegelung falscher Tatsachen, etwa durch Abgabe einer unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Erklärung oder durch ein sonstiges Verhalten in den Irrtum geführt wurde (aktive Täuschung). Davon wird die listige Irreführung durch Unterlassen unterschieden. Bei dieser liegt die List in der Verschweigung wahrer Tatsachen, wodurch der Vertragspartner in einen Irrtum geführt bzw in diesem belassen oder bestärkt wird und sich dadurch zum Vertragsabschluss entscheidet (listiges Schweigen).³² Die Unterscheidung zwischen aktiver Täuschung und listigem Schweigen ist aus folgenden Gründen von Bedeutung:

- Die aktive Täuschung ist ohne weiteres rechtswidrig und tatbestandsmäßig iSd § 870 ABGB, die listige Irreführung durch Unterlassen ist dies erst dann, wenn durch das Schweigen eine Aufklärungspflicht verletzt wurde.³³
- Nach der Rsp bestehen Unterschiede bei der Beweislastverteilung: im Allgemeinen ist der Irreführte für die Voraussetzungen des § 870 ABGB behauptungs- und beweispflichtig, was grundsätzlich auch für die Kausalität des durch die Täuschung herbeigeführten Irrtums für den Vertragsabschluss gilt.³⁴ Jüngst hat der OGH im Zusammenhang mit der Anfechtung eines Unternehmenskaufvertrages festgehalten, dass bei der listigen Irreführung durch Unterlassung der gebotenen Aufklärung die Kausalität vermutet wird.³⁵

³⁰ Erweist sich aber eine solche vertragliche Vereinbarung als bloße Scheinerklärung, weil die davon begünstigte Vertragspartei „*ausgeschlossene Personen*“ dennoch mit der Verhandlungsführung betraut hat, ist der Vertragspartei die Berufung auf die betreffende Klausel zu versagen. Das Erklärungsfehlverhalten ihres Verhandlungsgehilfen wäre dann zuzurechnen. Umgekehrt kann eine ausdrückliche Vereinbarung, wonach bestimmte Personen nicht als Verhandlungsgehilfen gelten, die Zurechnung kraft Anscheins ausschließen.

³¹ *F. Bydlinski*, Über listiges Schweigen beim Vertragsabschluss, JBl 1980, 393; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB³ § 870 Rz 3-9; *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 870 Rz 1; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 870 Rz 2, 4; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001) 250 mwN.

³² ZB OGH 13.7.1998, 7 Ob 354/97b; OGH 16.2.2006, 6 Ob 7/06g; OGH 27.6.2006, 3 Ob 75/06k; vgl auch *F. Bydlinski*, JBl 1980, 393; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB³ § 870 Rz 3.

³³ Vgl *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 250, mit rechtsvergleichenden Hinweisen zur österreichischen Rechtslage 594 f.

³⁴ Vgl zB OGH 23.10.1995, 1 Ob 617/95; OGH 27.6.2006, 3 Ob 75/06k; RIS-Justiz RS0014792.

³⁵ OGH 22.10.2009, 3 Ob 111/09h = JBl 2010, 180.

- Teilweise stellt die Rsp beim listigen Schweigen erhöhte Anforderungen an die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen.³⁶

Entgegen einer Tendenz in der Rsp bestehen mE hinsichtlich der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen keine Unterscheidungen zwischen aktiver Täuschung und listigem Schweigen.³⁷ Solche Unterscheidungen sind nicht vom Gesetz gedeckt. Allerdings ist die darin erkennbare Tendenz, bei Arglist durch Unterlassen im Vergleich zur aktiven Täuschung eine gewisse Zurückhaltung zu üben, im Grundsatz durchaus berechtigt. Dogmatisch ist eine sachgerechte Differenzierung aber nicht auf der Verschuldensebene zu treffen, sondern durch eine möglichst exakte Abgrenzung von aktiver Täuschung und listigem Schweigen in einem ersten Schritt und vor allem durch ihre maßvolle Zurückhaltung bei der Annahme von Aufklärungspflichten. Dass die Abgrenzung zwischen aktiver Täuschung und listigem Schweigen im Einzelfall schwierig, aber dennoch wichtig ist, zeigen illustrativ zwei Beispiele aus der Judikatur:

Der erste Fall betraf den Verkauf von Aktien einer AG, die in einem internationalen Hotel in Istanbul ein Spielkasino betrieb.³⁸ Zu einem Zeitpunkt, in welchem dem Verkäufer bereits die Schwierigkeiten des Unternehmens mit den türkischen Behörden³⁹ und die schlechte Ertragslage⁴⁰ bekannt waren, gab dieser im Zuge der Vertragsverhandlungen gegenüber dem Kaufinteressenten an, dass die zum Verkauf stehenden Aktien künftig Erträge von bis zu 30 % bringen könnten. Am Tag vor dem Vertragsabschluss erfuhr der beklagte Verkäufer, dass die AG im vergangenen Geschäftsjahr einen Verlust erlitten hatte, der das Grundkapital der AG um mehr als die Hälfte überschritt. Der OGH bejahte die arglistige Täuschung und hielt den Vertrag für anfechtbar gem § 870 ABGB. Entgegen dem in WBI 1987, 345 abgedruckten Leitsatz liegt hier jedoch keine vorsätzliche Irreführung durch Verschweigen vor, weil der Verkäufer Aktien zu einem Vielfachen ihres Nominales verkauft und dabei dem Vertragspartner eine hohe Rendite in Aussicht stellt und gleichzeitig die ihm bekannte schlechte Ertragslage des Unternehmens verschweigt. Vielmehr stellt die Abgabe einer solchen subjektiven Meinung über die künftige Kursentwicklung, an deren Richtigkeit der Erklärende selbst nicht glaubt, bereits eine aktive Täuschung dar. Einzuräumen ist allerdings, dass mit dieser aktiven Täuschung auch ein listiges Verschweigen einhergeht. Dieses besteht darin, dass der Verkäufer die ihm zum Zeitpunkt der Abgabe der täuschenden Erklärung bereits bekannten Schwierigkeiten des Unternehmens verschwiegen hat, obwohl er nach den Umständen des Einzelfalls zur Offenlegung dieser für den Käufer als wesentlich erkannten Tatsachen verpflichtet war.⁴¹ Dessen un-

³⁶ Vgl dazu *Rummel in Rummel*, ABGB³ § 870 Rz 2 mwN.

³⁷ Kritisch zur Differenzierung bei den Verschuldensvoraussetzungen *Rummel in Rummel*, ABGB³ § 870 Rz 2.

³⁸ OGH 9.7.1987, 7 Ob 722/86 = WBI 1987, 345.

³⁹ Die türkische Finanzverwaltung hatte alle Bücher und Geschäftsunterlagen beschlagnahmt.

⁴⁰ Bereits ca zwei Jahre vor dem strittigen Aktienverkauf musste wegen der ungünstigen Ertragslage der AG eine Kapitalerhöhung durchgeführt werden.

⁴¹ Dass der Verkäufer im konkreten Fall die ihm einen Tag vor dem Vertragsabschluss bekannt gewordenen Verluste des vergangenen Geschäftsjahrs dann auch noch verschweigt, stellt eine weitere Täuschung dar.

geachtet liegt eine aktive Täuschung vor. Die Frage, ob durch listiges Schweigen eine Aufklärungspflicht verletzt wurde, stellt sich gar nicht. Ganz allgemein wird bei genauerem Hinsehen mit der vorsätzlichen Abgabe einer unrichtigen Erklärung im Regelfall auch ein vorsätzliches Verschweigen der eigentlichen Tatsachenlage verbunden sein. Insoweit handelt es sich um eine Frage der Perspektive. Die Lösung liegt in einer Gesamtbetrachtung des Verhaltens des Täuschenden. Maßgebend ist, ob das Verhalten des Täuschenden in seiner Gesamtheit nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung über eine Tatsache anzusehen ist, wobei auf die allgemeinen Grundsätze des § 863 ABGB zurückzugreifen ist.⁴² Wer der anderen Partei unvollständige Unterlagen übergibt oder unvollständige Auskünfte erteilt, täuscht aktiv und nicht durch listiges Schweigen. Aktiv täuscht auch derjenige, der seine Mitarbeiter, ihm zurechenbare Verhandlungsgehilfen oder auch Dritte, deren Erklärungsfehlverhalten nur nach § 875 ABGB zurechenbar wäre, zur Vertuschung heikler Punkte anweist oder überredet. Liegt aktive Täuschung durch Abgabe einer (stillschweigenden) unrichtigen oder irreführenden Erklärung vor, erübrigt sich die Frage nach der Verletzung einer Aufklärungspflicht durch listiges Schweigen.

Ähnlich diffizil gestaltete sich die Unterscheidung zwischen aktiver Täuschung und listigem Schweigen in einem Fall aus der jüngeren Rsp des OGH, der den Verkauf eines nicht protokollierten Unternehmens, das Spiele für Erwachsene vertrieb, betraf.⁴³ Dem strittigen Unternehmenskaufvertrag war eine Vertragsanbahnungsphase von etwa einem Jahr vorausgegangen, im Zuge derer die Unternehmensverkäuferin dem Kaufinteressenten unter anderem die Bilanzen der vergangenen zwei Jahre und die monatlichen Saldenlisten des laufenden Geschäftsjahrs vorlegte. Aus den monatlichen Saldenlisten erkannte der potenzielle Käufer, dass die Umsätze des Unternehmens im laufenden Geschäftsjahr ab einem gewissen Zeitpunkt erheblich nachgaben. Noch vor dem Vertragsabschluss konfrontierte er die potenzielle Verkäuferin damit. Diese erklärte den Umsatzrückgang wahrheitswidrig damit, „*sich im letzten Jahr vor der Pensionierung noch einmal am Geschäft betätigen* (richtig wohl: *beteiligen*)⁴⁴ *zu wollen*.“ Das verstand der Kaufinteressent als Erhöhung des Anteils der Schwarzgeschäfte durch die Beklagte und akzeptierte dies. Die später beklagte Unternehmensverkäuferin verschwie, dass die Umsatzrückgänge im laufenden Geschäftsjahr in Wahrheit auf die Eröffnung eines Konkurrenzunternehmens durch einen der bisherigen Hauptlieferanten des Unternehmens im räumlichen Umkreis des zum Verkauf stehenden Geschäftslokals zurückzuführen waren. Diese neue Konkurrenz hatte bei Aufnahme der Vertragsverhandlungen mit dem Kaufinteressenten noch nicht bestanden. Zudem wies die Unternehmensverkäuferin nach den Feststellungen ihre Mitarbeiter an, den Kaufinteressenten nicht über die neue bedrohliche Konkurrenz zu unterrichten. Der OGH nahm in diesem Fall zu Unrecht Arglist durch listiges Verschweigen an. Die beklagte Verkäuferin habe bewusst den Umstand verschwiegen, dass nach Beginn der Vertragsverhandlungen, aber vor Abschluss des Unternehmenskaufvertrages ihr Hauptlieferant in unmittelbarer Nähe einen Outletstore eröffnet hatte. Nach dem festge-

⁴² Ähnlich für die Rechtslage in Deutschland *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 252 mwN.

⁴³ OGH 22.10.2009, 3 Ob 111/09h = JBl 2010, 180.

⁴⁴ Anmerkung des Verfassers.

stellten Sachverhalt wäre es naheliegend gewesen, im vorliegenden Fall eine aktive Täuschung durch die Unternehmensverkäuferin anzunehmen. Diese gab auf Nachfrage des Kaufinteressenten bewusst eine unrichtige Erklärung über den Grund für die Umsatzrückgänge des laufenden Geschäftsjahres ab und wies die eigenen Mitarbeiter sogar an, den Umstand zu verschweigen. Der Kaufinteressent akzeptierte die unrichtige Erklärung und machte sie zur Grundlage seiner Vertragsentscheidung, sodass – auch ohne die beim listigen Schweigen eingreifende Kausalitätsvermutung⁴⁵ – die aktive Täuschung kausal für die Vertragsentscheidung des Käufers war. Unter Heranziehung der Grundsätze des § 863 ABGB kann mE kein Zweifel daran bestehen, dass die Verkäuferin ein auf Irreführung gerichtetes Gesamtverhalten an den Tag legte, das nach der Verkehrsanschauung als Erklärung über Tatsachen iSd § 863 ABGB anzusehen ist. Die Entscheidung ist somit im Ergebnis richtig, nicht aber in ihrer Begründung. Da im vorliegenden Fall eine aktive Täuschung vorlag, hätte die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen der Unternehmensverkäufer dazu verpflichtet ist, den Kaufinteressenten über die Konkurrenzsituation des Zielunternehmens aufzuklären, dahingestellt bleiben können. Dies leitet über zum nächsten Kapitel, der Frage nach Inhalt und Grenzen der geschuldeten Aufklärung.

4. Inhalt und Grenzen der Aufklärungspflichten

4.1. Allgemeine Grundsätze

Übereinstimmung besteht in Rsp und Lehre darüber, dass generelle Aussagen, wann eine Aufklärungspflicht besteht, kaum möglich sind. Maßgebend ist, ob der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs eine Aufklärung erwarten durfte.⁴⁶ Welche Umstände nach der redlichen Verkehrsübung nun konkret offenzulegen sind, lässt sich nicht generell abstrakt für sämtliche Geschäfte beantworten. Welche Aufklärung der redliche Geschäftsverkehr im Einzelnen verlangt, hängt unter anderem maßgebend vom konkreten Vertragsgegenstand, den Erfahrungen und Kenntnissen der Parteien und zB von dem Umstand ab, ob die Parteien bei Anbahnung und Abschluss des Vertrages eigene Berater (etwa Rechts-, Unternehmens- und Steuerberater sowie Wirtschaftsprüfer und Berater für Akquisitionsfinanzierungsfragen) einsetzen.

Grundlage nachstehender Überlegungen ist ein Unternehmens- oder Anteilskauf, bei dessen Anbahnung und Abschluss beide Parteien zumindest Rechtsberatung in Anspruch genommen haben. Grundsätzlich kann sowohl der Verkäufer als auch der Käufer zur Aufklärung verpflichtet sein. Im Allgemeinen ist der potenzielle Käufer Außenstehender in Bezug auf das Zielunternehmen. Aus dem damit verbundenen Informationsvorsprung des Verkäufers in Bezug auf den Vertragsgegenstand erklärt sich, dass im Regelfall der Verkäufer – als besser informierter Vertragspartner – zur Aufklärung verpflichtet ist. In aller Regel stellt daher der Verkäufer dem potenziellen Erwerber bei einer solchen M&A-

⁴⁵ OGH 22.10.2009, 3 Ob 111/09h = JBI 2010, 180.

⁴⁶ OGH 22.10.2009, 3 Ob 111/09h = JBI 2010, 180; RIS-Justiz RS 0111165; F. Bydliński, JBI 1980, 393; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ § 870 Rz 6 uva.

Transaktion vor dem Vertragsabschluss gewisse Unterlagen über das Zielunternehmen zur Verfügung, wie zB Jahresabschlüsse und – sofern vorhanden – Lageberichte der letzten Jahre, Saldenlisten aus dem laufenden Geschäftsjahr, Informationen über Lagerbestände, häufig auch die Verträge und öffentlich-rechtliche Bescheide, die für den Fortbetrieb des Unternehmens wichtig erscheinen. Der Kaufinteressent hat die Möglichkeit, die ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen zu prüfen, was im Regelfall auch im Rahmen einer Due-Diligence-Prüfung⁴⁷ mehr oder weniger tiefgehend und umfangreich geschieht.

Aus den Grundsätzen des redlichen Verkehrs lässt sich für eine solche M&A-Transaktion jedenfalls keine allgemeine Rechtspflicht ableiten, wonach jede Partei den potenziellen Vertragspartner über alle Umstände aufklären müsste, die auf seine Entscheidung einen Einfluss haben können. Zu Recht geht der OGH in ständiger Rsp davon aus, dass bei gegenseitigen Verträgen grundsätzlich jeder Vertragspartner selbst prüfen muss, ob das Geschäft für ihn vorteilhaft ist oder nicht.⁴⁸

Einen zutreffenden und aus praktischer Sicht überaus wichtigen Rechtssatz prägte der 7. Senat in einer Entscheidung betreffend die Veräußerung von GmbH-Anteilen: Demnach hat der Verkäufer seine Aufklärungspflicht bei einem Unternehmens- oder Anteilskaufvertrag im Allgemeinen erfüllt, wenn er dem Käufer jene Geschäftsunterlagen überlässt, aus denen sich die für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens wesentlichen Umstände ergeben.⁴⁹ Dieser Rechtssatz kann als Basis herangezogen werden, von der aus in weiterer Folge der Versuch unternommen werden soll, die Aufklärungspflichten des Verkäufers bei einer Due-Diligence-Prüfung durch den Käufer zu konkretisieren. In einer solchen Konstellation, die in der Praxis bei größeren Transaktionen den Regelfall darstellt, handelt der Unternehmens- oder Anteilsveräußerer rechtmäßig, wenn er dem Kaufinteressenten bzw dessen Beratern Zugang zu jenen Unterlagen gewährt, die für die Wahrung der objektiv erkennbaren Interessen des Kaufinteressenten erforderlich sind. Praktisch erfolgt dies, indem der Veräußerer die betreffenden Unterlagen in einem Datenraum⁵⁰ sammelt und dem (oder den) Kaufinteressenten Zugang dazu gewährt. Voraussetzung ist dabei freilich, dass die zur Verfügung gestellten Unterlagen richtig, nicht irreführend und – gemessen an den erkennbaren Interessen des Kaufinteressenten – vollständig sind. Auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Veräußerer im Vorfeld der Transaktion dem Kaufinteressenten in der Rolle eines Werbenden gegenüber tritt, müssen die besonders hervorgekehrten Vorteile des Zielunternehmens richtig und vollständig dargestellt werden, damit beim Käufer über die für seine Entscheidung möglicherweise wesentlichen Umstände keine Fehlvorstellung erweckt wird.⁵¹ Grundsätzlich handelt der

⁴⁷ Dazu etwa *Brogyányi*, Grundbegriffe und Funktionen der Legal Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I, 5 ff mwN.

⁴⁸ Vgl bereits RGZ 11, 233 (235); OGH 28.10.1997, 4 Ob 301/97m; OGH 22.10.2009, 3 Ob 111/09h = JBl 2010, 180; BGH in WM 1994, 1378 (1386); siehe auch *F. Bydlinski*, JBl 1980, 393 ff; *Gschnitzer* in *Klang*² IV/1, 112.

⁴⁹ OGH 16.6.1988, 7 Ob 553/88 = WBl 1988, 341 = HS 18.036.

⁵⁰ Ausführlich zur Funktion und praktischen Einrichtung eines Datenraums im Rahmen einer Due-Diligence-Prüfung *Brogyányi* in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I, 10 ff mwN.

⁵¹ BGHZ 114 = NJW 1991, 2556 (Darstellung von Steuervorteilen); BGH, WM 1985, 673 (674) (vollständige Darstellung der Umsätze).

Veräußerer auch dann rechtmäßig, wenn er einem Kaufinteressenten in einer frühen Phase der Vertragsanbahnung nicht sämtliche Unterlagen zur Verfügung stellt, sondern vertrauliche Informationen über das Zielunternehmen vorerst zurückhält und abwartet, bis der potenzielle Käufer ein seriöses und hinreichend konkretes Interesse am Kauf erkennen lässt.⁵² Maßgebend ist, dass dem potenziellen Erwerber rechtzeitig vor Abgabe seiner bindenden Vertragserklärung sämtliche Unterlagen zur Verfügung gestellt werden, die er zur Wahrung seiner erkennbaren Interessen in Bezug auf die konkrete Transaktion benötigt. Im Allgemeinen sind die Unterlagen daher so zur Verfügung zu stellen, dass er auch die Möglichkeit hat, diese angemessen zu prüfen und auf Grundlage dieser Prüfung eine informierte Vertragsentscheidung zu treffen.⁵³ Irrt der Käufer über einen Umstand, der sich aus den ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen über das Zielunternehmen ergibt und über den er sich nach den Umständen des Einzelfalls auch durch eine angemessene Prüfung der Unterlagen selbstständig Kenntnis hätte verschaffen können, liegt im Allgemeinen keine dem Verkäufer zuzurechnende Täuschung vor.⁵⁴

Welche Unterlagen dem Kaufinteressenten konkret zur Verfügung zu stellen sind, hängt maßgebend von den Umständen des Einzelfalls ab. Dabei ist auf der einen Seite zu beachten, dass der Kaufinteressent wie bereits erwähnt im Regelfall⁵⁵ ein Außenstehender in Bezug auf das Zielunternehmen ist. Zutreffend stellt der OGH daher darauf ab, dass die Unterlagen jene wesentlichen Umstände enthalten sollten, welche den Kaufinteressenten objektiv in die Lage versetzen, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens zu beurteilen.⁵⁶ Offenlegungspflichtig sind vor allem jene Umstände, über die sich der Kaufinteressent nicht auf anderem Wege informieren kann, mit denen er nicht rechnen musste und die einen erkennbaren Einfluss auf seine Kaufentscheidung haben. Maßgebend sind also auch die erkennbaren Interessen des jeweiligen Kaufinteressenten. Legt der Käufer beispielsweise erkennbar besonderen Wert auf die Ertragslage des Zielunternehmens, sind ihm die entsprechenden Informationen vollständig und richtig zu erteilen. Allgemein zugängliche Informationen, die sich der Kaufinteressent durch eigene Erkundigungen ohne weiteres auch ohne Hilfe des Verkäufers beschaffen kann, sind im Regelfall nicht offenlegungspflichtig. Grundsätzlich hat daher der Veräußerer zB über die bestehende Konkurrenzsituation⁵⁷ ebensowenig aufzuklären wie über die allgemeine Marktlage⁵⁸ oder die Zukunftsaussichten

⁵² Auf diese Weise kann der Veräußerer das Risiko minimieren, verfrüht vertrauliche Informationen an bloß scheinbare Kaufinteressenten herauszugeben. Vgl dazu *Brogyányi in Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I, 10 f.

⁵³ Problematisch können zB Fälle sein, in denen der Veräußerer den Zugang zum Datenraum für den potenziellen Erwerber derart einschränkt, dass eine angemessene Prüfung der Unterlagen im Rahmen der Due Diligence von vornherein nicht möglich ist.

⁵⁴ Ebenso *Puck*, *ecolex* 1996, 15 (Anmerkung zu OGH 30.8.1995, 3 Ob 520/94, 3 Ob 559/95).

⁵⁵ Ausnahmen bestehen zB beim Management-Buy-out oder bei der Veräußerung von Anteilen an einen Mitgesellschafter; zu Letzterem vgl *M. Weber*, *Vormitgliedschaftliche Treubindungen* (1999) passim; *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 520-533 mwN.

⁵⁶ OGH 16.6.1988, 7 Ob 553/88 = WBI 1988, 341 = HS 18.036.

⁵⁷ Ebenso für den Regelfall, allerdings ausnahmsweise mit der Annahme einer Aufklärungspflicht über eine Änderung der Konkurrenzsituation auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalls OGH 22.10.2009, 3 Ob 111/09h; RIS-Justiz RS0125607.

⁵⁸ *Emmerich*, *Das Recht der Leistungsstörungen*⁶ (2005) 86.

des Zielunternehmens, weil es sich hierbei um Informationen handelt, die allgemein zugänglich sind und die sich der potenzielle Erwerber unschwer auch selbstständig auf anderem Weg beschaffen kann. Die Beschaffung derartiger allgemein zugänglicher oder externer Informationen liegt im Regelfall in der Ingerenz des potenziellen Käufers.⁵⁹

Auf der anderen Seite tragen ein potenzieller Käufer und seine ihm zuzurechnenden Berater auch bis zu einem gewissen Grad Eigenverantwortung dafür, dass von Verkäuferseite im Rahmen der Vertragsanbahnung jene Informationen bereitgestellt werden, die für die Vertragsentscheidung des Erwerbers wesentlich sind. Das wird mE von der Rsp und Lehre in Österreich zu wenig beachtet. Praktisches Mittel der eigenverantwortlichen Informationsbeschaffung in der Phase der Vertragsanbahnung ist das Nachfragen, die selbstständige Erkundigung. Vorvertragliche Informationen sind nicht stets Bringschulden, sondern immer dann Holschulden, wenn die informationsunterlegene Partei ihr eigenes Informationsdefizit erkennen kann und dieses durch eigene Erkundigung zu kompensieren imstande wäre.⁶⁰ Das folgt aus dem grundlegenden, aber heute leider vernachlässigten Prinzip der Eigenverantwortung, das für das Privatrecht im Allgemeinen sowie das Vertragsrecht im Besonderen gilt.⁶¹ Das im Vertragsrecht verankerte Prinzip der Eigenverantwortung versagt der nicht informierten Partei dort den Schutz durch Aufklärung, wo diese die erkennbare eigene Unkenntnis durch Nachfragen oder andere Maßnahmen beseitigen könnte.⁶² Der Verkäufer muss nicht ungefragt auf Umstände hinweisen, von denen er annehmen darf, dass der Käufer nach ihnen fragen werde, falls er auf sie Wert legt.⁶³ Grundsätzlich

⁵⁹ Ausnahmen von diesem Grundsatz können bei einem erheblichen und für den Verkäufer erkennbaren Informationsungleichgewicht bestehen. Näher dazu sogleich unten.

⁶⁰ Siehe auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 300 mwN.

⁶¹ Vgl *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 164 ff; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1996) 41; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 299 ff mwH; aus jüngster Zeit vgl auch diverse Beiträge im Sammelband v. *Riesenhuber* (Hrsg), Das Prinzip der Selbstverantwortung. Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht² (2011) passim.

⁶² Dagegen könnte ins Treffen geführt werden, dass nach Teilen der Lehre die „Möglichkeit der Information“ und ihrer Weitergabe an die andere Partei – neben anderen Elementen – für die Annahme einer Aufklärungspflicht spricht; vgl *Breidenbach*, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsabschluss (1989) 70 ff. „Wer über präsenten Wissen verfügt, soll eher aufklären, als derjenige, der sich die Information erst mühsam beschaffen muss.“, aaO 70. Im vorliegenden Zusammenhang verfügt fast ausnahmslos der Verkäufer über präsenten Wissen in Bezug auf das Zielunternehmen, während sich der potenzielle Käufer dieses erst (zB im Rahmen einer Due-Diligence-Prüfung) beschaffen muss. Käme es ausschließlich auf das Kriterium der „Möglichkeit der Information“ an, wäre der Verkäufer vor Vertragsabschluss zur Offenlegung seines gesamten präsenten Wissens über Umstände des Zielunternehmens verpflichtet, die auf die Entscheidung des potenziellen Käufers Einfluss haben können. Dieses Ergebnis würde aber den Interessengegensatz zwischen den Parteien eines Austauschvertrages völlig übergehen, stünde im diametralen Widerspruch zur ständigen Rsp (vgl RIS-Justiz RS0014820) und wird im Übrigen aber auch von *Breidenbach* nicht vertreten, der das Element der „Möglichkeit der Information“ lediglich als eines von mehreren Kriterien im Rahmen eines beweglichen Systems zur Bestimmung von Aufklärungspflichten in contrahendo einsetzen möchte. Vgl auch die Kritik bei *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 280.

⁶³ Siehe *Stengel/Scholderer*, Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf, NJW 1994, 158 (163) mwN aus der Rsp des BGH bei FN 73.

steht jedem Kaufinteressenten bei der Anbahnung einer M&A-Transaktion eine unbegrenzte Fragemöglichkeit zu. Je größer die Kenntnisse und Erfahrungen des potenziellen Käufers in Bezug auf den intendierten Geschäftsabschluss sind, desto eher kann ihm zugemutet werden, eigene Informationsdefizite zu erkennen und nach den für ihn wesentlichen Umständen aktiv zu fragen. Auch der BGH hat zB im Zusammenhang mit einem share deal bereits zutreffend betont, dass es dem Käufer überlassen bleibt, sich durch Nachfragen weitere gewünschte Aufschlüsse zu verschaffen.⁶⁴

Die selbstverantwortliche Wahrnehmung eigener Informationsinteressen ist in der Praxis von M&A-Transaktionen⁶⁵ durchaus üblich, indem der potenzielle Käufer zusätzliche Fragebögen an den Verkäufer, an Organwalter oder Mitarbeiter des Zielunternehmens übermittelt oder eine Due-Diligence-Prüfung ausweitet. Entschließt sich der Verkäufer zur Beantwortung der Fragen des Kaufinteressenten, haben die erteilten Auskünfte subjektiv richtig, vollständig und nicht irreführend zu sein.⁶⁶ Grundsätzlich besteht aber für den potenziellen Verkäufer keine Pflicht, die Fragen des Käufers zu beantworten. Vielmehr kann der Befragte die Antwort auch verweigern.⁶⁷ Entschließt sich der Kaufinteressent trotz unbeantwortet gebliebener Fragen zum Kauf, handelt er mE im Allgemeinen auf eigene Gefahr in Bezug auf jene Umstände, über die er infolge der unbeantworteten Fragen bewusst ein Informationsdefizit in Kauf nimmt. Gleiches gilt zumindest im Grundsatz, wenn der Käufer eine Due-Diligence-Prüfung durchführen ließ und sich trotz umfassender Warnhinweise im Due-Diligence-Report zum Kauf entschließt oder eine grundsätzlich mögliche Due-Diligence-Prüfung, die ihm Aufschlüsse hinsichtlich bestimmter Umstände bringen könnte, über die er sich in bewusster Unkenntnis befindet, unterlässt. Bewusst in Kauf genommene eigene Unkenntnis beim Vertragsabschluss begründet zumindest im Regelfall keinen Willensmangel in Bezug auf jene Risiken, mit denen im Zusammenhang mit den ungeklärt gebliebenen Punkten gewöhnlich zu rechnen war. Verwirklicht sich später gerade jenes Risiko, das der Erwerber bewusst⁶⁸ durch Abgabe einer Vertragserklärung auf schlecht informierter Grundlage in Kauf genommen hat, liegt mE gar kein Problem vor, das mit dem Recht der Willensmängel (oder der culpa in contrahendo)⁶⁹ zu beseitigen wäre. Das Zivilrecht im Allgemeinen und das Recht der Willens-

⁶⁴ Siehe BGH, WM 1994, 1378 (1386); vgl ferner BGH, WM 1981, 1224 (1225); BGH, WM 1987, 319 (320); BGH, NJW 1989, 763 (764); *Stengel/Scholderer*, NJW 1994, 158 (163).

⁶⁵ Nach den persönlichen Erfahrungen des Verfassers.

⁶⁶ Gleiches gilt für Organwalter oder Mitarbeiter des Zielunternehmens, die vom Kaufinteressenten befragt werden. Zu Fragen der Zurechnung des Erklärungsfehlverhaltens von Gehilfen näher unten Punkt 6.

⁶⁷ Siehe für Deutschland *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen⁶ (2005) 87; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung (1997) 6; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 254.

⁶⁸ Maßgebend ist, dass die irrende Partei Kenntnis vom eigenen Informationsdefizit hat.

⁶⁹ Die hier vertretenen Thesen beziehen sich auf die Konkretisierung vorvertraglicher Aufklärungspflichten und gelten daher grundsätzlich nicht nur für die Arglist, sondern auch für die im Irrtumsrecht und den bei der culpa in contrahendo relevanten Aufklärungspflichten. Eine Differenzierung ist jedoch bei Motivirrtümern angezeigt. Über bloße Motive ist mE im Irrtumsrecht, aber auch im Schadenersatzrecht (cic) grundsätzlich nicht aufzuklären. AA vor allem *Pletzer*, Aufklärungspflichtverletzung und Vertragsaufhebung (Teil 1), JBl 2002, 545 (552).

mängel im Besonderen verbieten den Parteien nicht, Verträge bewusst auf einer nicht oder nicht ausreichend informierten Grundlage abzuschließen. In vielen Fällen wird das bewusst in Kauf genommene Risiko auch zum Vertragsgegenstand, weil der Käufer in aller Regel in derartigen Konstellationen nur bereit ist, einen geringeren Kaufpreis zu zahlen.

Von diesem Grundsatz sind jedoch auch wichtige Ausnahmen zu machen: Information wird immer dann zur Bringschuld der besser informierten Partei, wenn es sich erkennbar um eine für die andere Partei wesentliche Information im Zusammenhang mit dem intendierten Vertragsabschluss handelt⁷⁰ und sich die betreffende Partei die Information nicht selbstständig beschaffen kann. Insoweit hat der Veräußerer im Vorfeld eines Unternehmens- oder Anteilskaufs über wesentliche Umstände betreffend das Zielunternehmen aktiv und ungefragt aufzuklären, mit denen der potenzielle Erwerber nicht rechnen musste. Weil der Erwerber mit außergewöhnlichen Umständen nicht rechnet, kann er sie auch nicht erfragen. Die oben beschriebene eigenverantwortliche Informationsbeschaffung läuft hier leer. Im Einklang mit dem hier vertretenen Regel-Ausnahme-Schema steht es daher, wenn der OGH völlig zu Recht eine Pflicht des Veräußerers von GmbH-Anteilen zur Aufklärung über eine nicht ordnungsgemäß erbrachte Sacheinlage annimmt⁷¹ oder eine arglistige Täuschung darin sieht, wenn der Veräußerer eines Speditionsunternehmens gegenüber dem Erwerber verschweigt, dass in der Vergangenheit überhöhte Entgelte an Kunden verrechnet wurden, die zu Rückforderungsansprüchen der Kunden führen können.⁷² Insbesondere über Umstände, die den Vertragszweck des Erwerbers, der im Regelfall auf die Fortführung des Unternehmens gerichtet sein wird, vereiteln oder beeinträchtigen könnten und mit denen der Erwerber im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht rechnen musste, ist daher aktiv und ungefragt aufzuklären.

Eine Pflicht zur Aufklärung ist ferner in Fällen anzunehmen, in denen die aufklärungspflichtige Partei zuvor – vor allem durch eigene Erklärungen⁷³ – eine Vertrauenslage geschaffen hat, die dazu führt, dass die andere Partei auch im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch vom Fortbestand einer bestimmten Sachlage ausgeht, was jedoch im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht mehr zutrifft. In der Literatur wird in dem Zusammenhang von Berichtigungs- und Aktualisierungspflichten gesprochen.⁷⁴ Ganz in diesem Sinne hat auch der BGH eine Berichtigungspflicht angenommen, *„wenn sich die Vertragsverhandlungen über einen längeren Zeitraum hinwegziehen, ein gewisses Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragspartnern entstanden ist und seitens des Verkäufers im Rahmen dieser Verhandlungen Angaben gemacht werden, die für die Kaufentscheidung erkennbar von wesentlicher Bedeutung sind, deren tatsächliche Grundlagen aber*

⁷⁰ Wesentlich sind solche Umstände, bei deren Kenntnis der Vertragspartner vom Vertragsabschluss Abstand nehmen oder das Geschäft anders abschließen würde; vgl grundlegend bereits *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht (1970) 58.

⁷¹ OGH 29.5.2001, 4 Ob 113/01y.

⁷² OGH 30.8.1995, 3 Ob 520/94, 3 Ob 559/95, *ecolex* 1996, 15 (mit zustimmender Anm *Puck*); dazu auch *Heidinger*, Haftung des Unternehmensveräußerers in der aktuellen Judikatur, SWK 1996, B 77.

⁷³ Unerheblich ist, ob diese Erklärungen gegenüber der anderen Partei in einem früheren Stadium der Vertragsverhandlungen oder zB öffentlich in den Medien abgegeben wurden.

⁷⁴ Vgl dazu *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten (2009) 431 ff.

noch vor Vertragsschluss entfallen und die sich damit als unrichtig herausstellen“.⁷⁵ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass auch die englische Vertragsrechtsdogmatik, die der Annahme von vorvertraglichen Aufklärungspflichten ansonsten vergleichsweise restriktiv gegenübersteht, eine entsprechende Pflicht zur Aktualisierung einer unrichtig gewordenen Information annimmt.⁷⁶ Als leading case wird *With vs O’Flanagan*⁷⁷ aus dem Jahr 1936 genannt. Der Fall betraf den Verkauf einer Arztpraxis. Der Verkäufer hatte im Zuge der Vertragsverhandlungen eine im Zeitpunkt ihrer Erteilung richtige Auskunft über den Wert der Praxis gegeben. Auf Grund seiner krankheitsbedingten Abwesenheit verlor die Praxis während der monatelang dauernden Vertragsanbahnung aber an Wert. Seine ursprünglich richtige Auskunft wurde damit nachträglich falsch oder zumindest irreführend für den Kaufinteressenten, der sich erkennbar weiterhin darauf verließ. Nach der Ansicht des englischen Gerichts hätte der Verkäufer den Käufer darüber aufklären müssen, dass seine zuvor im Rahmen der Vertragsverhandlungen erteilte Auskunft durch nachträglich eingetretene Umstände unrichtig geworden ist. Insoweit bestehe ausnahmsweise eine Aufklärungspflicht wegen „*representation falsified by later events*“.⁷⁸ Das gilt insbesondere auch für die Berichtigung oder Aktualisierung von Auskünften, zu deren Erteilung die Partei ursprünglich gar nicht verpflichtet war.⁷⁹ Auch in diesen Fällen kann der potenzielle Käufer seine Informationsinteressen im Vorfeld des Vertragsabschlusses nicht eigenverantwortlich – zB durch Nachfragen – wahrnehmen, weil er berechtigt auf eine bereits zuvor abgegebene Erklärung des Verkäufers vertraut.

Für die Annahme einer Pflicht, auch ungefragt über wesentliche Umstände aufzuklären, kann schließlich auch ein erkennbares Informationsungleichgewicht zwischen den Parteien sprechen, das die informationsunterlegene Partei eigenständig nicht beheben kann. *Fleischer*⁸⁰ spricht in diesem Zusammenhang von „strukturellen Informationsnachteilen“ einer Partei. So kann es im Einzelfall für die besser informierte Partei offenkundig sein, dass die andere Partei ihre Informationsinteressen in Bezug auf wesentliche Umstände nicht eigenverantwortlich wahrnehmen kann, mag dies auf Unerfahrenheit oder fehlender Sachkenntnis beruhen. Die damit einhergehende Annahme gesteigerter Auf-

⁷⁵ BGH, NJW 1983, 2493 (2494).

⁷⁶ *Treitel/Peel*, Law of Contract¹² (2007) Rz 9-129; *McKendrick*, Contract Law⁷ (2007) 262.

⁷⁷ Siehe *Treitel/Peel*, Law of Contract¹² (2007) Rz 9-129 mwN zur Fundstelle.

⁷⁸ In eine ähnliche Richtung tendiert auch die Entscheidung OGH 9.7.1987, 7 Ob 722/86 = WBI 1987, 345: Hat der Verkäufer gegenüber dem Käufer im Rahmen von Vertragsverhandlungen gute Ertragsaussichten für die zum Verkauf angebotenen Aktien angepriesen, ist der Verkäufer zur unverzüglichen Aufklärung des potenziellen Käufers verpflichtet, wenn der Verkäufer unmittelbar vor der Vertragsunterzeichnung davon erfährt, dass die zum Verkauf stehende AG im vergangenen Geschäftsjahr einen erheblichen Verlust erlitt. Wie bereits oben unter 3. ausgeführt, lag in diesem Fall aber eine aktive Täuschung vor.

⁷⁹ Einen Anwendungsfall dieser Regel könnte der Sachverhalt zu OGH 22.10.2009, 3 Ob 111/09h = JBl 2010, 180 liefern. Hat der Veräußerer eines Unternehmens am Beginn der Vertragsverhandlungen eine zu diesem Zeitpunkt richtige Aussage über die Konkurrenzsituation gemacht, obwohl der dazu weder befragt wurde noch darüber aufklärungspflichtig war, muss er diese Erklärung dennoch aktualisieren, wenn sie durch eine nachträgliche Änderung der Konkurrenzsituation unrichtig wird und sich der Erwerber weiterhin darauf verlässt.

⁸⁰ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 296 ff mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

klärungspflichten für die überlegene Partei lässt sich mE durch folgende Tendenzhypothese beschreiben: Je geringer Erfahrung und Sachkunde der einen Partei in Bezug auf das intendierte Geschäft sind und je gravierender der Mangel am Unternehmen gemessen am erkennbaren Vertragszweck dieser Partei ist, desto eher besteht eine Pflicht zur Aufklärung für die informationsüberlegene Partei.

4.2. Differenzierung nach Vertragstypus oder Tragweite der Transaktion

Häufig wird in Lehre und Rsp betont, dass sich Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten auch nach dem Vertragstypus oder der wirtschaftlichen Tragweite der Transaktion richten. Dazu ist folgende differenzierende Stellungnahme geboten:

Nicht verallgemeinerungsfähig und überdies per se fragwürdig ist mE der Rechtssatz des BGH, wonach aus der wirtschaftlichen Tragweite von Unternehmens- und Anteilskaufverträgen folge, dass den Veräußerer bei derartigen Verträgen gesteigerte Aufklärungspflichten treffen.⁸¹ Schon aus der Natur von Unternehmens- und Anteilskaufverträgen als gegenseitige, auf Austausch gerichtete Verträge folgt, dass die „*wirtschaftliche Tragweite*“ des Geschäfts beide Parteien gleichermaßen betrifft. Gegen die Annahme gesteigerter Aufklärungspflichten könnte ebenso argumentiert werden, dass der Käufer auf Grund der wirtschaftlichen Tragweite von vornherein besonders vorsichtig agieren und seine Vertragsentscheidung erst nach sorgfältiger Prüfung treffen wird, was gegen ein Schutzbedürfnis spricht. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die wirtschaftliche Tragweite des Geschäfts weniger mit dem Unternehmens- und Anteilskaufvertrag an sich, sondern vielmehr mit den wirtschaftlichen Verhältnissen der jeweiligen Vertragsparteien zusammenhängt. Daher darf aus der wirtschaftlichen Tragweite auch nicht der Schluss gezogen werden, dass bei Unternehmens- und Anteilskaufverträgen generell gesteigerte Aufklärungspflichten bestehen. Maßgebend kann – wenn überhaupt – nur die im Einzelfall zu ermittelnde Relation zwischen den wirtschaftlichen Verhältnisse der Vertragsparteien und dem Volumen der M&A-Transaktion sein.

Zutreffend ist hingegen die von der hA⁸² vorgenommene Differenzierung nach dem jeweiligen Vertragstypus. Während der Unternehmens- und Anteilskauf ein auf Leistungsaustausch gerichteter Vertrag ist, der durch den Interessengegensatz der Parteien⁸³ vor allem im Hinblick auf sämtliche preisbildende Faktoren gekennzeichnet ist, liegt zB bei der Hereinnahme eines Investors im Zuge einer Kapitalerhöhung kein vergleichbarer Interessengegensatz vor. Dies spricht dafür, beim Unternehmens- und Anteilskaufvertrag tendenziell geringere Aufklärungspflichten des Verkäufers vor allem im Hinblick auf preisbildende Faktoren anzunehmen, weil für den Erwerber der Interessengegensatz objektiv erkennbar ist und er daher von seinem Kontrahenten eine entsprechende Aufklärung nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs nicht in gleichem Maße erwarten kann, wie dies bei Verträgen der Fall ist, die durch einen stärkeren Interessengleichlauf gekennzeichnet sind. Anderes wird daher in der erwähnten Konstellation gelten, in der ein In-

⁸¹ NJW 2001, 2163.

⁸² Vgl *Gschnitzer* in Klang² IV/1, 112; *F. Bydlinski*, JBl 1980, 393.

⁸³ *Gschnitzer* in Klang² IV/1, 112 spricht plakativ von Verträgen des „*wirtschaftlichen Kampfes*“.

vestor die Beteiligung im Zuge einer Kapitalerhöhung originär erwirbt. Im Unterschied zum Unternehmens- und Anteilskaufvertrag besteht hier kein vergleichbarer Interessengegensatz, sondern vielmehr eine Interessengemeinschaft zwischen den bisherigen Gesellschaftern und dem Investor, sollen doch die vom Investor geleisteten Mittel (Einlage) zur gemeinsamen Zweckverfolgung in der Gesellschaft herangezogen werden. Im Hinblick auf die gemeinsame Zweckverfolgung ist daher die Annahme gesteigerter Aufklärungspflichten gegenüber dem Investor gerechtfertigt.

4.3. Aufklärungspflicht und vertraglicher Gewährleistungsausschluss

In aller Regel vereinbaren die Parteien eines Unternehmens- oder Anteilskaufvertrags, wie bereits oben erwähnt, einen vertraglichen Gewährleistungs- und Haftungsausschluss des Verkäufers. Fraglich ist, ob der Verkäufer zur Aufklärung über Umstände verpflichtet sein kann, für die er auf Grund eines ausdrücklichen Haftungsausschlusses im Vertrag gewährleistungs-, schadenersatz- und/oder irrtumsrechtlich nicht eintreten muss.

Als Einstiegsfall bietet sich der Sachverhalt an, der einer Entscheidung des OGH⁸⁴ aus dem Jahr 2007 zu Grunde lag. Die klagende Partei hatte im Wege eines asset deals eine Bauschuttdeponie erworben. Der Vertrag enthielt zur Gewährleistung der Verkäuferin auszugsweise folgende Klausel:

„Die Käuferin hat die Kaufgrundstücke besichtigt und hat Kenntnis von den zugehörigen Bescheiden, welche die Verkäuferin der Käuferin vollständig übergibt. Die Übergabe der Kaufgrundstücke erfolgt so wie sie liegen und stehen ohne Gewährleistung für eine bestimmte Beschaffenheit oder für ein bestimmtes Ausmaß oder für die Erfüllung von Bescheidauflagen. Die Käuferin hat insbesondere Kenntnis, dass die oben unter Punkt ... angeführten Deponien nicht die vom Bescheid geforderte Umzäunung aufweisen. Die Käuferin übernimmt es, für die Errichtung dieser Zäune selbst zu sorgen. Hinsichtlich des Grundstückes 2034/3 ist ein Bescheidverfahren für eine noch nicht erteilte Bewilligung anhängig. Der Käuferin ist dieses Verfahren bekannt. Die Verkäuferin leistet Gewähr, dass außer diesem Bescheidverfahren kein Verwaltungsverfahren anhängig ist, welches derzeit bestehende Nutzungsrechte beeinträchtigt.“

Später stellte sich heraus, dass größere Teile der Deponie die Bescheidauflagen nicht erfüllten, weil sie nicht die erforderliche mineralische Basisabdichtung aufwiesen. Die Verkäuferin und bisherige Betreiberin der Deponie hatte ein Material angebracht, das rein optisch für eine mineralische Dichtschicht gehalten werden konnte („optisch täuschende Schicht“) und außerdem gegenüber der zuständigen Verwaltungsbehörde wahrheitswidrige Angaben über die Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes gemacht. Daraus schließt der OGH, dass die Verkäuferin offenkundig Kenntnis über den Zustand der Deponie hatte. Folgende Punkte aus der rechtlichen Beurteilung sind für den vorliegenden Zusammenhang relevant: Nach Ansicht des OGH bezieht sich ein vertraglich vereinbarter Gewährleistungsverzicht nicht auf arglistig verschwiegene Mängel. Obwohl die Verkäuferin der Deponie nach der vertraglichen Vereinbarung gewährleistungsrechtlich nicht „für die Er-

⁸⁴ OGH 15.11.2007, 2 Ob 209/07k; dazu Brugger, Ende des Gewährleistungsausschlusses? ecolx 2008, 803.

füllung von Bescheidauflagen“ einsehen musste und die „*Übergabe der Kaufgrundstücke so wie sie liegen und stehen*“ erfolgte, hätte die Verkäuferin die Käuferin darüber aufklären müssen, dass wesentliche Teile der Deponie die Bescheidauflagen wegen einer fehlenden Dichtschicht nicht erfüllen. Der Fall zeigt eindringlich die zentrale Bedeutung von Inhalt und Grenzen der geschuldeten Aufklärung. Ist eine Pflicht zur Aufklärung einmal angenommen, durchbricht ihre Verletzung sogar einen im Vertrag konkret formulierten Gewährleistungsausschluss (hier: keine Haftung für die Erfüllung von Bescheidauflagen) und schiebt den Ausschluss der Gewährleistung beim Kauf von Sachen, wie sie liegen und stehen, gem § 930 ABGB beiseite.⁸⁵ Der Entscheidung des OGH ist im Ergebnis mE auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalls zuzustimmen. Zum einen rechtfertigt die ausdrückliche Aufnahme der fehlenden Umzäunung im Zusammenhang mit den Bescheidauflagen eine restriktive Auslegung dieser Vertragsklausel im Hinblick auf weitere, noch wesentlich schwerwiegendere fehlende Bescheidauflagen (mangelnde Dichtung von wesentlichen Teilen der Deponie). Zum anderen haben die Parteien im vorliegenden Fall den Verwendungszweck der Käuferin – die Fortführung des Deponiebetriebs – offensichtlich zum Vertragsinhalt gemacht, sodass ein Fehlen von Eigenschaften, die für den Fortbetrieb der Deponie wesentlich sind, den vertraglich vereinbarten Verwendungszweck vereitelt, was die Annahme einer diesbezüglichen Aufklärungspflicht für die Verkäuferin ungeachtet des konkret formulierten Gewährleistungsausschlusses rechtfertigt.

Aus der soeben behandelten Entscheidung darf jedoch nicht abgeleitet werden, dass der Verkäufer beim Unternehmens- oder Anteilskaufvertrag stets über sämtliche Umstände aufklären muss, die von einem konkreten und ausdrücklich vereinbarten Gewährleistungsausschluss im Vertrag erfasst sind. Vereinbaren die Parteien im Vertrag ausdrücklich und konkret, dass die gewährleistungsrechtliche Haftung des Verkäufers für einen bestimmten Umstand ausgeschlossen sein soll, weisen sie damit bewusst das Risiko in Bezug auf die von diesem Ausschluss erfassten Mängel dem Käufer zu. Die Annahme einer Aufklärungspflicht des Verkäufers über derartige Umstände setzt sich über die von den Parteien vereinbarte Risikozuweisung hinweg. Das spricht im Allgemeinen gegen die Annahme von Aufklärungspflichten, sofern der Vertragspartner mit dem Mangel rechnen konnte.

Betrifft ein vertraglich vereinbarter Gewährleistungs- und Haftungsausschluss einen ganz konkreten Umstand (wie im Beispielsfall den Ausschluss der Gewährleistung für die Erfüllung von Bescheidauflagen), liegt darin nicht bloß eine übereinstimmende Willenserklärung der Parteien, sondern selbstverständlich auch ein gewisser Informationswert für den Käufer. Verlangt der Verkäufer die Aufnahme einer solchen Klausel in den Vertrag, ist der damit verbundene Informationswert aus Sicht des Käufers zwar nicht mit einer ausdrücklichen Aufklärung über das Fehlen der Bescheidauflagen gleichzusetzen, allerdings muss der Käufer als redlicher Empfänger einer solchen Erklärung zumindest gewarnt sein. Der mit dem Ausschluss der Gewährleistung für einen konkreten Punkt ver-

⁸⁵ Die zusätzlich erforderlichen subjektiven Voraussetzungen beim Täuschenden sind recht schnell gefunden, was der vorliegende Fall ebenfalls illustrativ belegt. Zu den Verschuldensvoraussetzungen sogleich unten Punkt 5.

bundene Informationswert vermindert insoweit die Aufklärungs- und damit die Schutzbedürftigkeit des Käufers. Sieht sich der Käufer in den Vertragsverhandlungen mit einer solchen Ausschlussklausel zu Gunsten des Verkäufers konfrontiert, liegt es im Regelfall an ihm, sich weitere Informationen durch Nachfragen beim Verkäufer zu verschaffen.⁸⁶ Auch dieser Aspekt spricht mE gegen die Annahme von Aufklärungspflichten.

Mit dem Ausschluss der Gewährleistung und Haftung des Verkäufers für bestimmte Umstände legen die Parteien auch Umfang und Grenzen der vertraglich geschuldeten Leistung des Verkäufers fest. Irrt der Erwerber über einen Umstand, der vom Veräußerer vertraglich nicht geschuldet ist und nicht zum Geschäftsinhalt gehört, liegt ein Motivirrtum vor. Nach seinem Wortlaut unterscheidet § 870 ABGB nicht nach der Art des beim Getäuschten verursachten Irrtums. Daher berechtigt nicht nur ein listig herbeigeführter Erklärungs- oder Geschäftsirrtum, sondern auch ein bloßer Motivirrtum zur Anfechtung.⁸⁷ Es genügt, wenn sich die Täuschung auf außerhalb des Vertragsinhalts gelegene Motive des Getäuschten bezieht, die diesem für den Vertragsabschluss wichtig waren. Verschweigt der Unternehmensverkäufer listig Mängel, die zwar für die Motive des Käufers wesentlich waren, für die aber nach einer vertraglichen Vereinbarung nicht zu haften ist, kann dies daher eine Anfechtbarkeit des Vertrags nach sich ziehen. Dessen ungeachtet trifft den Verkäufer aber keinesfalls eine unbegrenzte Aufklärungspflicht über sämtliche Umstände, die als mögliche Motive für den potenziellen Käufer theoretisch in Betracht kommen. Eine restriktive Annahme von Aufklärungspflichten über bloße Motive der anderen Vertragspartei gebietet vor allem der Umstand, dass die Motive des Käufers dem Verkäufer im Regelfall gar nicht bekannt und für ihn auch nicht erkennbar sind.⁸⁸ Aufklärungspflichten können daher mE von vornherein nur in Bezug auf jene Motive des Käufers bestehen, bei denen für den Verkäufer erkennbar ist, dass sie für die Vertragsentscheidung des Käufers wesentlich sind. Im Übrigen gilt auch hier die bereits oben unter 4.1. betonte Eigenverantwortung der schlechter informierten Partei.⁸⁹ Gerade in Bezug auf die für den Verkäufer im Allgemeinen nicht erkennbare Motivationslage des Kaufinteressenten gilt mE der Grundsatz, dass der Verkäufer nicht ungefragt auf Umstände hinweisen muss, von denen er annehmen darf, dass der Käufer nach ihnen fragen werde, falls er besonderen Wert auf sie legt. Die Aufklärungspflichten des Verkäufers in Bezug auf die Käufermotive werden sich daher zumindest im Regelfall auf Umstände beschränken, die den Kaufgegenstand für den erkennbaren Verwendungszweck des Käufers un-

⁸⁶ Dazu oben 4.1.

⁸⁷ Siehe 78 BlgHH 21. Sess, 136. Vgl auch OGH 26.4.1983, 5 Ob 538/82; OGH 28.6.2001, 2 Ob 112/00k; RIS-Justiz RS 0079857; *Gschntzer in Klang IV/1*² 110; *Apathy/Riedler in Schwimann*³ § 870 Rz 5; *Rummel in Rummel*³ § 870 Rz 3; *Bollenberger in KBB*² § 870 Rz 1.

⁸⁸ Generell wäre mE zu hinterfragen, ob der historische Gesetzgeber der III. Teilnovelle bei der Gleichsetzung von Geschäfts- und Motivirrtümern in § 870 ABGB eventuell nur die aktive Täuschung vor Augen hatte oder ob sich diese Gleichsetzung auch auf das listige Schweigen beziehen sollte. Nur im letztgenannten Fall stellt sich die heikle Frage, über welche Motive konkret aufzuklären ist.

⁸⁹ Der Verkäufer als informationsüberlegene Partei ist nicht zur Aufklärung des potenziellen Käufers verpflichtet, wenn dieser die eigene Unkenntnis erkennen kann und er diese durch eigene Erkundigungen zu kompensieren im Stande wäre.

geeignet erscheinen lassen. Keine Aufklärungspflicht besteht über die allgemeine Marktlage und auch über den Wert des Zielunternehmens, allerdings darf der Verkäufer den potenziellen Käufer darüber auch nicht aktiv durch unrichtige oder irreführende Angaben in die Irre führen.⁹⁰

Im Ergebnis besteht daher nur ausnahmsweise eine Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Umstände, für die er auf Grund eines ausdrücklichen und konkreten Haftungsausschlusses im Vertrag gewährleistungs-, schadenersatz- und/oder irrtumsrechtlich nicht eintreten muss.

5. Zu den Verschuldensvoraussetzungen

Nach der Rsp muss der Täuschende den Irrtum des Gegners und dessen Einfluss auf die Willensbildung kennen, wobei die Rsp regelmäßig auch betont, dass im Rahmen des § 870 ABGB Eventualvorsatz reicht, nicht aber grobe Fahrlässigkeit.⁹¹ Dolus eventualis setzt aber gerade nicht die positive Kenntnis des Täuschenden voraus. Fraglich ist daher, ob sich der von der Rsp grundsätzlich als ausreichend erachtete Eventualvorsatz des Täuschenden bloß auf die eigene Täuschungshandlung⁹², den Irrtum der anderen Partei, die Verursachung dieses Irrtums bzw auf mehrere oder gar alle dieser Tatbestandsmerkmale bezieht. Dies kann im Einzelfall wesentlich sein: Wer die Unrichtigkeit oder die Irreführungseignung der eigenen Erklärung ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, muss nicht in Kenntnis darüber sein, dass dies einen Irrtum bei der anderen Partei herbeiführt und dieser Irrtum kausal für ihre Vertragserklärung wird. Umgekehrt kann jemand wissentlich eine unrichtige Erklärung abgeben oder wissentlich die gebotene Aufklärung über einen offenkundigen Umstand unterlassen, aber nur einen bedingten Vorsatz in Bezug auf den damit eventuell herbeigeführten Irrtum der Gegenpartei haben. Nach der Entscheidung OGH 2 Ob 112/55 vom 4.5.1955 reicht es für § 870 ABGB aus, wenn der Täuschende bloß damit rechnet, dass die im anderen Vertragsteil erweckte Vorstellung falsch sei und der Täuschende nicht daran zweifeln konnte, dass dieser allfällige Irrtum einen Einfluss auf die Vertragsentscheidung der anderen Partei ausübe.⁹³ Nach der Ansicht von *Rummel*⁹⁴

⁹⁰ Vgl dazu *Jud* in FS *Wagner*, 213 (221).

⁹¹ Zum listigen Handeln mit dolus eventualis siehe OGH 4.5.1955, 2 Ob 112/55; OGH 4.4.1990, 1 Ob 577/90; OGH 13.7.1998, 7 Ob 354/97b; OGH 25.4.2007, 3 Ob 20/07y; RIS-Justiz RS0014837.

⁹² Mag diese in einem aktiven Tun im Sinne der Abgabe einer unrichtigen oder irreführenden Erklärung oder in einem Unterlassen im Sinne des Verschweigens von an sich aufklärungsbedürftigen Umständen liegen.

⁹³ Daraus hat sich in weiterer Folge eine ganze Rechtsprechungslinie entwickelt, in der pauschal darauf hingewiesen wird, dass dolus eventualis für listiges Handeln iSd § 870 ABGB genüge; vgl die unter RIS-Justiz RS0014837 angeführten Entscheidungen.

⁹⁴ Vgl *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 870 Rz 2 unter Berufung auch auf OGH 2.5.1963, 7 Ob 122/63 = RZ 1963, 154, wo allerdings der Hausverkäufer nur den Befall mit Hausschwamm ernsthaft für möglich hielt und dennoch den potenziellen Käufer nicht darauf hinwies (Eventualvorsatz in Bezug auf das Verschweigen). In derselben Entscheidung fordert der OGH aber sehr wohl positive Kenntnis vom Irrtum des anderen Teils und vom Einfluss dieses Irrtums auf die Vertragsentscheidung der anderen Partei.

genügt die Kenntnis der möglichen Unrichtigkeit der eigenen Angaben, wenn Eventualvorsatz in Bezug auf die Irrtumserregung beim Partner vorliegt.⁹⁵ Weitaus restriktiver hielt der OGH⁹⁶ in einer Entscheidung fest, dass Arglist im Sinn des § 870 ABGB bewusste Täuschung sei, die ein für die Entstehung des Irrtums vorsätzliches, ja ihn bezweckendes Verhalten des Irreführenden voraussetze. Der Getäuschte müsse absichtlich oder doch bewusst durch unrichtige Angaben zur Einwilligung gebracht werden.

Konsequenter ist in dem Zusammenhang die in Deutschland hA, die das Erfordernis des bedingten Vorsatzes für sämtliche Tatbestandselemente durchhält.⁹⁷ Eventualvorsatz in Bezug auf die eigene Erklärung ist gegeben, wenn der Erklärende mit der möglichen Unrichtigkeit seiner Angaben rechnet und ins Blaue hinein unrichtige Behauptungen aufstellt, was bei der Anbahnung von M&A-Transaktionen vor allem ein überschwängliches Anpreisen des Zielunternehmens durch den Verkäufer betreffen kann. Zur heiklen Abgrenzung des Eventualvorsatzes von einer grob fahrlässigen Irreführung hat der BGH⁹⁸ jüngst festgehalten, dass es für die Annahme des Eventualvorsatzes nicht genügt, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen. Äußert jemand seine subjektive Meinung, die aber in diesem Zeitpunkt objektiv unrichtig ist, fehlt es an der vorsätzlichen Täuschung, außer der Erklärende glaubt im Zeitpunkt der Erklärung selbst nicht an ihre Richtigkeit.⁹⁹ Entsprechendes muss für die Mitteilung von subjektiven Erwartungen in Bezug auf künftige Entwicklungen (Prognosen) gelten. Eine arglistige Täuschung liegt hier nur dann vor, wenn die Prognose auf falschen oder offensichtlich unzureichenden Annahmen beruht und der Erklärende dies weiß oder zumindest ernstlich für möglich hält und dennoch der anderen Partei verschweigt.

Bedingter Vorsatz reicht in Deutschland auch in Bezug auf die Herbeiführung eines Irrtums bei der anderen Partei aus. Der Täuschende muss lediglich die Vorstellung haben, dass die unrichtige Erklärung möglicherweise für die Willensbildung des anderen Teils von Bedeutung sein könnte.¹⁰⁰ Bei Verletzung einer Aufklärungspflicht muss der Aufklärungspflichtige wissen oder zumindest damit rechnen und billigend in Kauf nehmen, dass der andere Teil von den verschwiegenen Umständen keine Kenntnis hat.¹⁰¹ In der Praxis von M&A-Transaktionen stellt sich die Frage, ob der Verkäufer, der dem Kaufinteressenten die erforderlichen Unterlagen zur Beurteilung des Zielunternehmens in einem

⁹⁵ Restriktiver zB *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 870 Rz 1 mwN: „Der Täuschende muss vom Irrtum seines Gegenübers sowie davon Kenntnis haben, dass dadurch dessen Willensbildung beeinflusst wurde.“ Ebenso zB OGH 2.5.1963, 7 Ob 122/63 = RZ 1963, 154; OGH 20.3.1968, 6 Ob 83/68 = SZ 41/33 und OGH 17.2.1965, 6 Ob 336/64 für das listige Schweigen: „Dabei kann auch das Schweigen, also die wissentlich unterlassene Mitteilung von dem anderen Teil unbekanntem Tatsachen eine listige Veranlassung des Irrtums sein, wenn die Erheblichkeit der verschwiegenen Tatsachen für den Vertragsabschluss bekannt ist.“ Vgl auch RIS-Justiz RS0014765.

⁹⁶ OGH 11.2.1997, 10 Ob 2066/96p.

⁹⁷ *Ellenberger in Palandt*, BGB⁷¹ § 123 Rz 11.

⁹⁸ BGH 20.12.2011, VI ZR 309/10.

⁹⁹ Ähnlich *Apathy/Riedler in Schwimann*, ABGB³ § 870 Rz 3.

¹⁰⁰ BGH in NJW 1957, 988; *Ellenberger in Palandt*, BGB⁷¹ § 123 Rz 11 mwN.

¹⁰¹ BGH in NJW-RR 1996, 690.

Datenraum in Dateiform zur Verfügung gestellt hat, im Nachhinein prüfen muss, ob der Kaufinteressent – der möglicherweise die Due Diligence unter einem erheblichen Zeitdruck durchgeführt hat – heikle Dateien überhaupt abgerufen hat. Obwohl eine solche Prüfung für den Verkäufer relativ leicht durch Einsicht in die Logfiles möglich wäre, ist er dazu im Allgemeinen nicht verpflichtet.¹⁰²

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Detailfragen zu den Verschuldensvoraussetzungen von § 870 ABGB nicht abschließend geklärt sind. Nach der hA setzt List nicht voraus, dass der Täuschende wissentlich oder gar absichtlich handelt. Das gilt für die Unrichtigkeit der eigenen Erklärung ebenso wie für die Herbeiführung eines Irrtums bei der anderen Partei. Für die subjektiven Voraussetzungen bei der Irreführung durch listiges Schweigen folgt daraus: Listig handelt, wer eine Fehlvorstellung in Bezug auf einen offenlegungspflichtigen Umstand bei seinem Vertragspartner zumindest für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragspartner seinen Irrtum nicht kennt und bei Offenlegung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt schließen würde.

6. Zurechnung von fremdem Erklärungsfehlverhalten

Die unter 5. dargelegten Verschuldensvoraussetzungen zeigen, dass es bei der listigen Irreführung durch Verschweigen auch auf die Kenntnisse des Täuschenden ankommt. Wer einen Umstand nicht offen legt, weil er in fahrlässiger Unkenntnis darüber ist, handelt nicht arglistig. Im Zusammenhang mit der Anbahnung von Unternehmens- und Anteilskaufverträgen verfügt der Verkäufer, also der bisherige Unternehmensträger oder Anteilseigner, häufig nicht über umfassende Kenntnisse in Bezug auf das Zielunternehmen bzw die Gesellschaft, vor allem wenn der Verkäufer in keiner Weise mit der Geschäftsführung befasst war. Im Regelfall bindet der Verkäufer dann weitere Personen in die Vertragsverhandlungen mit dem Kaufinteressenten ein, vor allem Mitglieder der Geschäftsführung, leitende Angestellte und Abschlussprüfer der Zielgesellschaft. Fraglich ist, ob sich der Verkäufer das Wissen und ein allfälliges listiges Erklärungsfehlverhalten dieser Personen im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit dem potenziellen Käufer zurechnen lassen muss. Dies ist im Regelfall zu bejahen, weil und sofern es sich um Verhandlungsgehilfen des Verkäufers handelt. Nach der Rsp ist Verhandlungsgehilfe nicht nur ein Stellvertreter, sondern jeder, der im Auftrag einer Vertragspartei handelt und maßgeblich am Zustandekommen des Geschäfts mitgewirkt hat.¹⁰³ Die den Irrtum herbeiführende Erklärung des beauftragten Gehilfen muss zu dem ihm vom Geschäftsherrn überlassenen Aufgabenbereich gehören, wobei bloßer Anschein ausreichen kann. Entsprechendes muss für

¹⁰² Anderes gilt in Fällen, in denen der Verkäufer zuvor zB mündlich durch bloß leichtes Verschulden eine falsche oder irreführende Auskunft erteilt hat, diesen Fehler aber nachträglich erkennt und durch die dem Käufer zur Prüfung überlassenen Dateien berichtigen möchte. Der Verkäufer wird hier durch eine angemessene Prüfung sicherzustellen haben, dass der Käufer die betreffenden Unterlagen zur Kenntnis genommen hat und der Irrtum behoben wurde.

¹⁰³ Vgl zuletzt etwa OGH 22.6.2011, 2 Ob 176/10m; siehe auch *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 875 Rz 2; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 875 Rz 2.

die von Eventualvorsatz getragene Unterlassung einer gebotenen Aufklärung durch den Verhandlungsgehilfen, also das listige Schweigen, gelten. Nicht nur die Verletzung einer Aufklärungspflicht, sondern auch das Wissen des Verhandlungsgehilfen sind dem Geschäftsherrn hier zuzurechnen. Derjenige, der sich bei der Führung von Vertragsverhandlungen eines Verhandlungsgehilfen bedient, haftet für einen von diesem arglistig veranlassten Irrtum wie für einen, den er selbst veranlasst hat.

In besonderen Konstellationen kann auch ein Gesellschafter zum Verhandlungsgehilfen seiner Mitgesellschafter werden. Veräußern mehrere oder sämtliche Gesellschafter ihre Anteile, kann einer von ihnen mit der Verhandlungsführung gegenüber dem potenziellen Käufer beauftragt sein. An das Erfordernis der Beauftragung sind keine allzu strengen Anforderungen zu stellen, vielmehr kann sie auch konkludent erfolgen. Die listige Irreführung durch den mit der Verhandlungsführung beauftragten Gesellschafter ist den übrigen Gesellschaftern zuzurechnen, selbst wenn diese selbst nicht unredlich gehandelt haben. Das gilt auch dann, wenn es zum Abschluss von getrennten Einzelverträgen zwischen jedem Gesellschafter und dem Erwerber gekommen ist.

Die soeben beschriebene Zurechnung des Erklärungsfehlverhaltens von vermeintlichen Verhandlungsgehilfen kann aber mE durch eine ausdrückliche Vereinbarung im Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem Erwerber ausgeschlossen werden.¹⁰⁴ Wurde die Zurechnung einer bestimmten Person oder Personengruppe als Verhandlungsgehilfe des Veräußerers wirksam vertraglich ausgeschlossen, ist die betreffende Person „Dritter“ iSd § 875 ABGB. Demzufolge kommt § 870 ABGB nur zur Anwendung, wenn der Veräußerer an der arglistigen Täuschung des Dritten teilnahm oder von dieser wissen musste.¹⁰⁵

7. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen

- Auf die Geltendmachung einer Arglist iSd § 870 ABGB kann im Voraus nicht verzichtet werden, wohl aber auf die Anfechtung nach Kenntniserlangung über die Anfechtbarkeit des Vertrages. Ein gewisser vertraglicher Gestaltungsspielraum besteht mE bei der Verjährung und der Zurechnung von fremdem Erklärungsfehlverhalten im Stadium der Anbahnung einer M&A-Transaktion. Wurde die Zurechnung des Erklärungsfehlverhaltens einer Person als Verhandlungsgehilfe wirksam vertraglich ausgeschlossen, kommt eine Anfechtung nur nach Maßgabe des § 875 ABGB in Betracht.
- Bei der Abgrenzung der aktiven Täuschung vom listigen Schweigen ist auf das Gesamtverhalten des Täuschenden abzustellen. Aktive Täuschung liegt vor, wenn das Verhalten des Täuschenden in seiner Gesamtheit nach der Verkehrsanschauung als (stillschweigende) Erklärung über eine Tatsache anzusehen ist, wobei auf die Grundsätze von § 863 ABGB zurückzugreifen ist. Wer der anderen Partei unvollständige und daher irreführende Auskünfte erteilt, unvollständige und daher irreführende Unterlagen übergibt oder seine Mitarbeiter zur Verheimlichung heikler Punkte anweist, täuscht aktiv und nicht durch listiges Schweigen.

¹⁰⁴ Dazu bereits oben 2.

¹⁰⁵ Ausführlich dazu jüngst *Geroldinger*, Die Zurechnung Dritter nach § 875 ABGB (Teil 1), 29 (insbes 38 f).

- Der Verkäufer hat seine Aufklärungspflicht bei einem Unternehmens- oder Anteilskaufvertrag im Allgemeinen erfüllt, wenn er dem Kaufinteressenten jene Geschäftsunterlagen zur Prüfung überlässt, aus denen sich die für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Zielunternehmens wesentlichen Umstände ergeben.
- Aus dem Prinzip der Eigenverantwortung folgt: Vorvertragliche Informationen sind nicht stets Bringschulden, sondern immer dann Holschulden, wenn die informationsunterlegene Partei ihr eigenes Informationsdefizit erkennen kann und dieses durch eigene Erkundigung zu kompensieren imstande wäre. Grundsätzlich steht jedem Kaufinteressenten bei der Anbahnung einer M&A-Transaktion eine unbegrenzte Fragemöglichkeit zu. Je größer die Kenntnisse und die Erfahrungen des potenziellen Käufers in Bezug auf den intendierten Geschäftsabschluss sind, desto eher kann ihm zugemutet werden, eigene Informationsdefizite zu erkennen und nach den für ihn wesentlichen Umständen aktiv beim Verkäufer zu fragen.
- Bewusst in Kauf genommene eigene Unkenntnis beim Vertragsabschluss begründet zumindest im Regelfall keinen Willensmangel in Bezug auf jene Risiken, mit denen im Zusammenhang mit den ungeklärt gebliebenen Punkten gewöhnlich zu rechnen war.
- Eine Pflicht des Verkäufers, den Kaufinteressenten aktiv und ungefragt aufzuklären, besteht in Bezug auf wesentliche Umstände betreffend das Zielunternehmen, mit denen der potenzielle Erwerber nicht rechnen musste; bei Schaffung einer besonderen Vertrauenslage durch frühere Erklärungen (Berichtigungs- und Aktualisierungspflichten); und schließlich bei für den Verkäufer erkennbaren strukturellen Informationsnachteilen des potenziellen Käufers.
- Aus der wirtschaftlichen Tragweite von Unternehmens- und Anteilskäufen kann nicht generell der Schluss gezogen werden, dass den Verkäufer vor und beim Abschluss solcher Geschäfte gesteigerte Aufklärungspflichten treffen. Sehr wohl ist jedoch in Bezug auf den Umfang der geschuldeten Aufklärung eine Differenzierung nach dem jeweiligen Vertragstypus geboten (Austauschverträge versus Aufnahme eines Investors als Neugesellschafter).
- Eine Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Umstände, für die er auf Grund eines ausdrücklichen und konkreten Haftungsausschlusses im Vertrag gewährleistungs-, schadenersatz- und/oder irrtumsrechtlich nicht einstehen muss, ist nur ausnahmsweise anzunehmen.
- Hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen gilt: Listig handelt, wer eine Fehlvorstellung in Bezug auf einen offenlegungspflichtigen Umstand bei seinem Vertragspartner zumindest für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragspartner seinen eigenen Irrtum nicht kennt und bei Offenlegung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt schließen würde.