

DEUTSCHE ZEITSCHRIFT FÜR

WIRTSCHAFTS- UND INSOLVENZRECHT

Herausgeber: Hermann-Wilfried Bayer, Wilhelm Bichlmeier, Rainer Funke, Reinfrid Fischer, Volker Grub, Norbert Horn, Hartmut Oetker, Dieter Reuter, Rolf A. Schütze, Stefan Smid, Harm Peter Westermann

Korrespondierender Beirat: Rainer M. Bähr, Christian Graf Brockdorff, Peter Depré, Norbert Fehl, Volkhard Frenzel, Ottmar Hermann, Klaus Hubert Görg, Horst M. Johlke, Wulf-Gerd Joneleit, Harro Mohrbutter, Peter Mohrbutter, Hans-Jürgen Papier, Horst Piepenburg, Michael Pluta, Rolf Rattunde, Harald Schliemann, Tobias Wellensiek, Frank M. Welsch, Wilhelm Wessel, Klaus Wimmer, Mark Zeuner

Schriftleitung: Michael Schmidt

AUFsätze

Christoph Becker*

Zur Haftung für kreditbeeinträchtigende Bonitätsauskünfte

Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 22. 2. 2011 – VI ZR 120/10**

I. Information als Entscheidungsgrundlage für Geschäfte

Große Anteile an der Wertschöpfung in Erzeugung und Dienstleistung entstehen ohne persönliche Bekanntschaft der Beteiligten untereinander. Oft kennen sich nicht einmal die direkt benachbarten Glieder einer Wertschöpfungskette aus unmittelbaren Begegnungen ihrer selbst (im Falle der natürlichen Person) oder ihrer Geschäftsführungen (im Falle eines Verbandes). Information über einen möglichen Geschäftspartner oder über den Hersteller eines Produktes, über das der mögliche Geschäftspartner zu verfügen sich anschickt, ist aber für die Einschätzung bedeutsam, ob ein sich anbahnendes Geschäft sinnvoll ist und zu welchen risikomindernden Konditionen man es tunlichst schließen sollte. Wer aus eigener Kraft nicht oder nicht mit vertretbarem Aufwand genügende Information beschaffen kann, stützt sich gern auf die Hilfe anderer, insbesondere auf Auskunftsdienste. Die von Wirtschaftsauskunfteien professionell geführten Datenbanken bieten unentbehrliche Entscheidungshilfe.

II. Verkehrsgemäßheit konfligierender Freiheitsbetätigungen

Die Datenspeicherung bei den Auskunfteien, der Zugriff auf die Daten durch Anfragen, das Vereinnahmen von Entgelten für die Auskunft und das Abhängigmachen einer (rechts)geschäftlichen Entscheidung vom erhobenen Befund sind Freiheitsbetätigungen, die das Grundgesetz in seinen Art. 2, 12, 14 schützt. Sie konfliktieren mit den in Persönlichkeit, beruflicher Entfaltung und Eigentum bestehenden Freiheiten desjenigen,

über den die Daten gesammelt wurden. Hierbei gibt es wegen der Grundrechtsfähigkeit auch nichtindividueller Rechtsträger gemäß Art. 19 Abs. 3 GG nicht im Prinzip, sondern allenfalls im Detail Unterschiede je nachdem, ob der Akteur eine natürliche Person oder ein Verband ist.

Die vom Staat garantierte Freiheit ist auf der Ebene des Zivilrechts die Verkehrsgemäßheit des Verhaltens. Das vom Staat verantwortete Zivilrecht umschreibt freiheitsausübendes Verhalten als üblich und verantwortbar, solange es nicht die Freiheit eines anderen Subjekts unverhältnismäßig belästigt. Die Verkehrsgemäßheit ist bei Prüfung unter dem Gesichtspunkt unerlaubter Handlung als eine Verbindung von Üblichkeit und Gewährleistung von Sicherheit nach hohen (aber nicht zu überspannenden) Anforderungen die Entscheidungsgröße im Merkmal der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit.

Im zivilistischen Deliktsrecht kehrt die verfassungsrechtliche Strukturgleichheit der Probleme um Vereinbarkeit von Meinungsäußerungsfreiheit, Pressefreiheit, Rundfunkfreiheit, Wissenschaftsfreiheit, Forschungsfreiheit, Lehrfreiheit mit den Belangen von Persönlichkeit im Ganzen und in allen Teilaspekten, Eigentum und anderen Zuordnungen stofflicher und nichtstofflicher Güter, Betrieb, Familie und anderem als Strukturgleichheit der Probleme um Verkehrspflichten wieder. Diese deliktsrechtliche Strukturgleichheit ist Ausschnitt aus einem noch weiteren Kreis gleichgelagerter Betrachtung, die nicht schlicht aus einem unerwünschten Ergebnis auf die Rechtswidrigkeit der Verursachung schließt (sich mit einer Indikation des Unerlaubtseins begnügt), sondern stets eine Abwägung anstellt. Beispiele aus dem weiteren Zusammenhang sind etwa die jeden, der einen Verkehr eröffnet, treffenden Verkehrssicherungs-

* Dr. iur., Univ.-Prof., Augsburg.

** DZWIR 2011, 417 (in diesem Heft).

pflichten auf Freiflächen und innerhalb eines Gebäudes oder die Verkehrspflicht eines Herstellers zu möglichst sicherer Gestaltung in Verkehr zu gebender Produkte.

III. Unterlassungsgebot bei Berührung fremder Freiheit?

Regelmäßig zwingt nicht schon die mehr oder minder große Wahrscheinlichkeit eines Schadens an und für sich zum Unterlassen, sondern erst der Vergleich der individuellen und sozialen Folgen von Unterbinden einerseits und Hinnahme einer Gefahr. Aus dem Vergleich treten die angemessenen Schutzvorkehrungen hervor, unter denen ein gefährliches Verhalten tolerabel ist. Nur sehr selten steht wegen zu großer restlicher Risiken auch bei höchstdenkbaren, dem aktuellen Stand der fachlichen Entwicklung entsprechenden Sicherheitsanforderungen ein Unterlassungsgebot, das heißt der unumstößliche Befund der Rechtswidrigkeit. Es erscheint als unverhältnismäßig, jeden an dem Vertrieb von Medien Beteiligten wegen eines bislang nicht ersichtlichen Bruchs von Urheber- oder Leistungsschutzrechten mit Abmahnung in eine sogleich kostenträchtige Haftung zu nehmen. Die Verkehrspflichten wachsen erst mit Kenntnis oder begründetem Verdacht zu einem Unterlassungsanspruch heran¹. Die Bestimmung von Verkehrspflichten, ermittelt auf der Grundlage von Einfluss- und Beherrschungsmöglichkeiten², überlagert den einfachen Befund der Störung. Insoweit vollzieht sich auf verschiedenen Feldern eine strukturell gleiche Entwicklung, welche beispielsweise Urheber-, Patent-, Marken- und Wettbewerbsrecht³ miteinander teilen⁴. Schadensrecht und Störungsrecht rücken damit noch enger zusammen. Und namentlich zur Wahrung der Äußerungsfreiheiten sind auch empfindliche Belästigungen hinzunehmen und lassen sich nicht leicht mit einem auf §§ 823 Abs. 1, 824 BGB i. V. m. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog gestützten Unterlassungsbegehren unterbinden⁵.

IV. Verkehrsgemäßheit des Datenspeicherns

Das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 22. 2. 2011⁶ gilt dem Unterlassungsbegehren, welches ein Unternehmer wegen ungünstigen Eintrages zu seiner Bonität gegen eine dem Verband »Creditreform« angehörige Wirtschaftsauskunftei erhob. Gleichviel, ob das berührte Schutzgut des klagenden Unternehmers im geschäftlichen Ruf nach § 824 BGB, im eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als »sonstiges Recht« nach § 823 Abs. 1 BGB oder in Wahrung der guten Sitten nach § 826 BGB zu suchen ist, scheidet die Klage daran, dass die von der Auskunftei gespeicherten Angaben nicht unwahre und deswegen intolerable Tatsachenbehauptung sind, sondern grundsätzlich hinzunehmende wertende Äußerung aufgrund zutreffend beschriebener Tatsachen⁷. Die Einschätzung zur Kreditwürdigkeit fußt auf objektiv nachprüfbareren Tatsachen, ist aber selbst ein subjektives Urteil.

Die Speicherung von Bonitätsangaben ist nicht für sich genommen rechtswidrig. Sie wäre es nur dann, wenn in der notwendigen Abwägung das Interesse des Unternehmens an Nichtexistenz von Bonitätsangaben einen Vorrang gegenüber den mit der Datensammlung verbundenen Interessen genösse.

Ausdrücklich hebt das Urteil die grundrechtlichen Bezüge der widerstreitenden Interessen hervor⁸. Zunächst rechtfertigt die Datensammlung die auch im Wirtschaftsleben geltende Befugnis zur freien Meinungsäußerung überhaupt⁹. Mittelbar wird diese Befugnis durch die Freiheitsrechte der nach den gesammelten Informationen fragenden anderen Wirtschaftsteilnehmer gestärkt¹⁰. Die zivilrechtliche Beurteilung steht im Einklang mit den vom öffentlichen Datenschutzrecht (§§ 4, 28 ff. BDSG) beschriebenen Möglichkeiten der Datenspeicherung und den Voraussetzungen für einen datenschutzrechtlichen Lösungsanspruch (§ 35 BDSG)¹¹. Damit stellt sich das Vorhalten der Angaben als verkehrsgerecht dar (auch wenn die Entscheidung des Bundesgerichtshofes den Begriff der Verkehrspflichten nicht verwendet).

Das schließt nicht aus, dass in besonders gelagerten Fällen auch ein auf wahrer Tatsachenfeststellung abgegebenes Urteil zur Kreditwürdigkeit verkehrswidrig ist und verboten werden oder eine Schadensersatzpflicht auslösen kann. Dazu müsste aber die unerwünschte Bonitätseinschätzung im Stil einer völlig überzogenen Schmähkritik eklatant von den ansonsten auf vergleichbarer Tatsachengrundlage getroffenen Einschätzungen abweichen. Mit anderen Worten müsste es augenfällig aus dem üblichen Spektrum sachlich begründeter, auch strenger Urteile heraustreten. Etwa erkennbare unsachliche Motive können hierbei mit in die Waagschale fallen.

V. Insolvenzauslösende verkehrswidrige Speicherung und Auskunft

Sollte die Speicherung von Bonitätsangaben und ihre Abgabe an Anfragende ausnahmsweise einmal pflichtwidrig sein, so hat der Schadensausgleich in Anspruchserhebung und Anspruchsbefriedigung besondere Gesichtspunkte, wenn die un-

¹ Chr. Becker, Verletzung immaterieller Rechte in der Lieferkette? Verkehrspflichten als Maß der Verantwortlichkeit für Eingriffe in Urheberrechte und Persönlichkeitsrechte beim Medienvertrieb, in: J.-H. Bauer/M. Kort/Th. Möllers/B. Sandmann (Hrsg.), FS Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, 2009, S. 53 ff., H. Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl., 2010, Rdn. 766 ff., 773.

² Siehe z. B. LG Berlin, Urt. v. 14. 11. 2008 – 15 O 120/08, NJW 2009, 787, 788 ff.

³ Siehe Ermittlung von Verkehrspflichten betreffend Feststellung unlauteren Wettbewerbsverhaltens bei BGH, Urt. v. 12. 7. 2007 – I ZR 18/04, GRUR 2007, 890 ff.

⁴ M. Leistner, Störerhaftung und mittelbare Schutzrechtsverletzung, in: GRUR 2010, Beilage zu Heft 1/2010, S. 1 ff.; H. Schack, Täter und Störer: Zur Erweiterung und Begrenzung der Verantwortlichkeit durch Verkehrspflichten im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, in: M. Martinek/P. Rawert/B. Weitemeyer (Hrsg.), FS Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. 10. 2010, 2010, S. 1167 ff., die Verkehrspflichtenfrage im Falle der Schadenshaftung bereits auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit, vor der Ebene der Rechtswidrigkeit, ansiedelnd (S. 1179). Siehe betreffend Urheberrechtsverletzung ferner A. Steinbeck, Kopieren an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, NJW 2010, 2852 ff., 2855.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 8. 9. 2010 – 1 BvR 1890/08, NJW 2010, 3501 f., betreffend Gefährlichkeit beschwörende Bezeichnung von Milchprodukten mit »Gen-Milch«.

⁶ BGH, Urt. v. 22. 2. 2011 – VI ZR 120/10, DZWIR 2011, 417 (in diesem Heft).

⁷ BGH, aaO (Fn. 6), Rdn. 9 ff., 20 ff.

⁸ BGH, aaO (Fn. 6), Rdn. 21.

⁹ BGH, aaO (Fn. 6), Rdn. 20.

¹⁰ BGH, aaO (Fn. 6), Rdn. 21, 27.

¹¹ Zur datenschutzrechtlichen Würdigung der Sammlung und Weitergabe von Wirtschaftsauskünften lies St. Gärtner, Harte Negativmerkmale auf dem Prüfstand des Datenschutzrechts, 2011.

günstige Bonitätsauskunft die Insolvenz desjenigen, über den die Auskunft erteilt wurde, ausgelöst oder mit ausgelöst hat. Welche quantitative Bedeutung eine solche Fallgestaltung entwickeln kann, zeigen prominente Beispiele von Großunternehmen aus der Medienwirtschaft (Leo Kirch)¹² und aus der Baubranche (Ignaz Walter), die um die Feststellung kämpften oder noch kämpfen, dass ihr wirtschaftlicher Ruin durch unsachgemäße Verweigerung von Kredit wegen nur vermeintlicher Kreditunwürdigkeit hervorgerufen wurde.

VI. Schuldnerschaden und Gläubigerschaden

Die durch die unrechtmäßige (auf falscher Tatsachengrundlage beruhende oder krass entgleiste) Beurteilung provozierte Insolvenz ist zunächst ein Schaden des Fallierenden. Ihm entgehen wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeiten, welche er hätte genießen können, wenn sich nicht angesichts der ungünstigen Beurteilung bisherige Geschäftspartner von ihm abgewandt hätten, neue Geschäftspartner ferngeblieben wären und Kreditgeber Prolongationen oder neuen Kredit versagt hätten.

Die Insolvenz ist zugleich Schaden der Gläubiger, deren Forderungen großenteils uneinbringlich werden. Trotzdem bleibt der Schadensersatzanspruch grundsätzlich ein Anspruch des (Gemein-)Schuldners. Nur wenn der pflichtwidrig Auskunft Gebende das Schicksal des Schuldners instrumentalisiert, um den Gläubigern Schaden zufügen zu können, kommen Ersatzansprüche der Gläubiger gegen den Auskunftgebenden wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß § 826 BGB in Betracht.

Den in der Hand des Schuldners begründeten Ersatzanspruch nimmt nach Konkurseröffnung der Insolvenzverwalter gemäß §§ 80, 148 InsO wahr, so wie er es auch mit anderen massezugehörigen Forderungen tut. Es bleibt also auch während des Insolvenzverfahrens bei der Eigenschaft der Schadenshaftung für Insolvenzprovokation als einer Binnenhaftung, so wie auch die Haftung für Kapital- oder Masseschmälerung nach §§ 43, 64 GmbHG als Binnenhaftung angelegt ist. Den in §§ 92 f. InsO aufscheinenden Gedanken der Haftungsbündelung bei Schädigung des ganzen Gläubigerkreises oder eines bestimmten Ausschnittes aus ihm benötigt man nicht. Zu erwägen wäre allerdings die analoge Anwendung von §§ 92 f. InsO, wenn der rare Fall unmittelbarer Ansprüche (auch) der Gläubiger gegen den insolvenzverursachenden Auskunftgeber einträte. Erst recht bleibt der Ersatzanspruch in der Hand des Schuldners, wenn das Insolvenzgericht mangels Masse (insbesondere, weil es den Ersatzanspruch noch nicht kennt) die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ablehnt.

VII. Schadenshöhe

Die ausgleichsfähige Schadenshöhe, sofern denn die pflichtwidrige Auskunft wegen Insolvenzverursachung haftpflichtig macht, liegt nicht ohne weiteres auf der Hand. Entgang wirtschaftlicher Erträge ist nach Maßgabe von § 252 BGB zu kompensieren. Hier werden tatsächliche Situation, insbesondere also die Verstrickung in das Insolvenzverfahren, und hypothetische Entwicklung bei ungeschmälerter Aktionsfähigkeit miteinander verglichen. § 252 BGB verlangt keine vollkommene

Aufklärung, die letztlich unmöglich wäre, sondern eine Feststellung des Erwartbaren. Vereinfachend tritt die Schätzungsmöglichkeit des § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO hinzu.

Die Gleichzeitigkeit der Schäden bei Gemeinschuldner und Gläubigern erlaubt eine weitere Erleichterung in der Schadensbestimmung. Als Mindestschaden lässt sich der Verlust an Liquidität in demjenigen Umfang annehmen, der benötigt würde, um alle Insolvenzgläubiger zu befriedigen. Dies ist kein Fall einer Drittschadensliquidation. Nicht etwa wird der Schaden der Gläubiger bemüht, um eine den Schuldner nicht selbst treffende Schädigung ihm doch zuzurechnen. Nicht etwa wird eine zufällige Schadensverlagerung überwunden, indem man annehmen wollte, der Schuldner erleide aus der ungünstigen Auskunft insoweit keinen Verlust, als er entgangene Erträge doch nur zur Befriedigung seiner Gläubiger verwendet und nichts »für sich« übrig gehalten hätte. Vielmehr ist die Bemessung nach den Ausfällen der Gläubiger (und damit nach der vereitelten Entschuldung durch Erfüllung) nur die Kehrseite der haftungsbegründenden Feststellung, dass die pflichtwidrige Auskunft die Insolvenz verursachte. Der Gedankengang ähnelt der Rentabilitätsvermutung¹³, mit welcher man einen Mindestschaden nach der Höhe getätigter Aufwendungen, welche ohne das Schadensereignis (vermutlich) wiedererwirtschaftet worden wären, bestimmt.

VIII. Mehrere Insolvenzursachen

Schwierigkeiten bereitet der Fall, dass die pflichtwidrige Auskunft Insolvenz zwar auslöst, es aber auch ohne diese Auskunft gleichzeitig oder später zur Insolvenz gekommen wäre.

Wenn die weitere Insolvenzursache ihrerseits haftpflichtig von dritter Seite gesetzt ist, besteht eine Mehrheit von Schädigern, die je nach den Umständen als zusammenwirkend im Sinne von § 830 BGB oder als nebeneinander verantwortlich im Sinne von § 840 Abs. 1 BGB einzuordnen sind. Beide Einordnungen laufen auf gesamtschuldnerische Haftung gemäß § 421 BGB hinaus. Im Verhältnis zum Anspruchsinhaber bedarf es deswegen keiner Zuweisung von Haftungsanteilen. Diese ist vielmehr erst Frage des Ausgleichs unter den mehreren Schadensersatzpflichtigen gemäß § 426 Abs. 1 BGB.

Wenn aber die andere Insolvenzursache keine schadensersatzpflichtige ist, sondern in den Gegebenheiten von Schuldnerdispositionen und Markt liegt, und wenn nun die pflichtwidrige Auskunft lediglich insolvenzbeschleunigend wirkt, so besteht der dem Schuldner auszugleichende Schaden allein im rascheren Eintritt des Verlusts der wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit. Hier wird man (freilich auch nun mit den in §§ 252 BGB, 298 Abs. 1 Satz 1 ZPO gewährten Erleichterungen) einigermaßen Aufwand betreiben müssen, um abzugrenzen, wieviel Ertrag oder (wiederum als Mindestschaden zu ermitteln) wieviel Gläubigerbefriedigung ohne die ungünstige Auskunft über ihn der Schuldner verlässlich, das heißt frei von Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) und Rückschlagsperre (§§ 88, 312 Abs. 1 Satz 3 InsO), hätte ziehen beziehungsweise gewähren können.

¹² Siehe BGH, Urt. v. 24. 1. 2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 ff.

¹³ Zu dieser BGH, Urt. v. 12. 3. 2009 – VII ZR 26/06, NJW 2009, 1870, 1871 (Rdn. 19), m. w. N.

IX. Wegfall der Insolvenz durch den Ersatzanspruch?

Schließlich enthält die Feststellung einer Schadensersatzpflicht aus ungünstiger Kreditauskunft ein Problem der Rückbezüglichkeit, sobald ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt, womöglich sogar schon beschieden ist. Je nachdem, wie leistungsfähig der Ersatzpflichtige ist, ist der Anspruch auf Ersatz des in der provozierten Illiquidität liegenden Schadens ein Gewicht im Schuldnervermögen, welches eben die provozierte Illiquidität verhindert oder immerhin die Masse so sehr stärkt, dass der Eröffnungsantrag nicht nach § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO mangels Masse abzuweisen ist. Wenn im Idealfall (rasche Eintreibbarkeit oder Verwendbarkeit als Kreditunterlage) der Ersatzanspruch die Illiquidität gar nicht erst entstehen lässt, gibt es keinen Eröffnungsgrund aus Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO. Auch Überschuldung nach § 19 InsO bleibt vermieden. Sollte der Konkurs schon eröffnet worden sein, gibt die Entdeckung des Ersatzanspruchs (je nach Zeitpunkt) Anlass zu Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss gemäß § 34 Abs. 2 InsO oder Einstellung nach § 212 InsO.

Auch der geringere Ersatzanspruch aus bloßer Beschleunigung der Insolvenz kann Auswirkung auf den Befund zur Kostendeckung nach § 26 InsO haben. Außerdem kann er sogar den Insolvenzgrund vorerst fortfallen lassen, solange der nachfolgende Insolvenzgrund noch nicht eingetreten ist. In beiden Fällen ergibt sich eine weitere Schwierigkeit in der Befunderhebung. Denn solange der nachfolgende Insolvenzgrund noch nicht verlässlich erkennbar ist, nimmt man den Schaden zu hoch als in der Insolvenz überhaupt liegend wahr und nicht begrenzt auf bloße Beschleunigung der Insolvenz. Erst später wird sich herausstellen, dass die pflichtwidrige Auskunft die Insolvenz lediglich rascher eintreten ließ. Dann fällt der Ersatzanspruch niedriger aus, als zunächst gedacht. Dementsprechend können sich die Konsequenzen für Eröffnungsantrag oder schon eröffnetes Insolvenzverfahren ändern. Nur wenn schon bei Hervorrufen der Insolvenz mit der Fehlauskunft die nachfolgende Insolvenz in dem für § 18 InsO notwendigen Maß als drohende Zahlungsunfähigkeit erkennbar ist, kann man die Berechnung sofort »richtig« vornehmen.