

Die Haftung des Jahresabschlußprüfers gegenüber Kreditinstituten

– Teil I* –

Von Dr. Hans-Jochen Otto, Rechtsanwalt/Steuerberater, Stuttgart, und
Dr. Jochen Mittag, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

II. Vertragliche und quasivertragliche Ansprüche

1. Dritthaftung bei freiwilliger Abschlußprüfung
 - a) Haftungsausschluß durch analoge Anwendung von § 323 Abs. 1 HGB?
 - b) Auskunftsvertrag
 - c) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
2. Dritthaftung bei Pflichtprüfungen

III. Ansprüche Dritter aus Delikt

1. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz
2. § 826 BGB
 - a) Zur Sittenwidrigkeit
 - b) Zum Schadensvorsatz

IV. Zur Haftung für Hilfspersonen

V. Pflichtwidriges Handeln des Abschlußprüfers

1. Ausgangslage
2. Pflichtwidrige (uneingeschränkte) Testaterteilung für einen bei pflichtgemäßer Prüfung erkennbar fehlerhaften Jahresabschluß
 - a) Vom Prüfer zu beachtende Vorschriften

I. Einleitung

Die Rechtsprechungsentwicklung zu Fragen der Haftung des Abschlußprüfers gegenüber dritten, auf die Richtigkeit seines Testates vertrauenden Personen, insbesondere gegenüber den an das geprüfte Unternehmen Kredite vergebenden Banken, wird von den berufsständischen Organisationen schon seit einiger Zeit mit gespannter Aufmerksamkeit verfolgt. Spektakuläre Unternehmenszusammenbrüche, wie der Fall Coop und jüngst der Balsam AG, fragwürdige Bilanzierungspraktiken im Zusammenhang mit Unternehmensverkäufen wie im Falle der YMOS AG¹ aber

- b) Bilanz/GuV sind vom geprüften Unternehmen unter Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen aufgestellt
- c) Bilanz/GuV sind in Einklang mit gesetzlichen Bestimmungen erstellt, gesetzliche Berichtspflichten (Anhang) jedoch nicht beachtet

3. Pflichtwidrige Berichterstattung in dem (den Kreditgebern zugeleiteten) Prüfungsbericht

- a) Berichtspflichten nach § 321 Abs. 2 HGB und § 321 Abs. 1 S. 4 HGB
- b) Freiwillige Abschlußprüfung
- c) Eventuell haftungsausschließende Wirkung des Prüfungsberichts bei pflichtwidriger Testaterteilung

4. Wortlaut des Testates

VI. Kausalitätsfragen

VII. Summenmäßige Haftungsbeschränkungen, Einwand des Mitverschuldens des geprüften Unternehmens

1. Deliktische Anspruchsgrundlagen
2. Vertragliche Anspruchsgrundlagen
 - a) Auskunftsvertrag
 - b) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

auch das Mißtrauen der Kreditgeber herausfordernde, aktienrechtlich bedenkliche Konzernstrukturen, wie z. B. im Falle der ASKO AG², haben sowohl innerhalb der Kreditwirtschaft, wie auch bei betroffenen Aktio-

* Fortsetzung in WM 1996, 377.

¹ Vgl. die Kritik seitens der Schutzgemeinschaft der Kleinaktionäre an der Prüfungsgesellschaft der YMOS-AG, der Attendorner Treuhand, welche ihr Testat zurückgezogen hatte, nachdem die Falschbilanzierungen publik geworden waren; hierzu Börsen-Zeitung vom 25. September 1992, S. 7 und FAZ vom 25. September 1992.

² Auf Drängen der Deutschen Bank, der Hausbank der ASKO-AG (vor Übernahme durch METRO), wechselte das Unternehmen seine bisher mit der Bilanzprüfung betrauten Wirtschaftsprüfer aus und ersetzte diese durch eine international tätige Prüfungsgesellschaft.

nären und nicht zuletzt in der Presseberichterstattung die Frage nach der Verantwortlichkeit der jeweils mit der Prüfung der inkriminierten Bilanzen befaßten Jahresabschlußprüfer in den Mittelpunkt gerückt.

Die inzwischen zweifellos eingetretene Sensibilisierung für Fragen der Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers führte zu – bislang eher ungewohnten – Breitsen in der veröffentlichten Meinung³, aber nach unseren Erfahrungen insbesondere auch zu einer geänderten Einstellung der Kreditinstitute, die heute in Fällen unerwarteter Insolvenzen viel eher als noch vor einigen Jahren bereit sind, die Möglichkeit eines etwaigen Fehlverhaltens des Abschlußprüfers und sich daraus ergebende Haftungsansprüche zu prüfen und notfalls auch gerichtlich zu verfolgen. Damit beginnt sich auch in Deutschland eine Entwicklung abzuzeichnen, die in vielen ausländischen Rechtsordnungen schon wesentlich früher ihren Anfang genommen hatte. So unterliegen Abschlußprüfer in den USA⁴, aber auch in vielen europäischen Nachbarstaaten⁵ schon seit langem einer weitreichenden Haftung für fahrlässig verschuldete Vermögensschäden dritter, nicht am Prüfungsauftrag beteiligter Personen, insbesondere Aktionären und Gesellschaftsgläubigern.

Die Motive für die Statuierung einer derartigen Dritthaftung des Abschlußprüfers liegen auf der Hand: Würde der Prüfer nur gegenüber seinem eigenen Auftraggeber, also dem geprüften Unternehmen, verantwortlich sein, müßte er nur selten fürchten, für schuldhaft erteilte Falschtestate in Regreß genommen zu werden. Die Bilanzstellung obliegt dem geprüften Unternehmen. Wenn der Prüfer den Verantwortlichen dieses Unternehmens attestiert, daß der von ihnen erstellte Jahresabschluß in Einklang mit Gesetz und Gesellschaftsvertrag steht, wird selbst in Fällen erheblicher Pflichtverstöße das Risiko eines Regresses seiner Auftraggeber sehr begrenzt sein, da die Geschäftsführungsverantwortlichen als Abschlußsteller meist für die Fehlbilanzierungen mitverantwortlich und damit befangen sein werden. Auch wird es bei der Gesellschaft selbst, anders als bei Aktionären und Gläubigern, häufig an einem eigenen Schaden fehlen. Selbst wenn ein solcher eingetreten und von einem ausgewechselten Management oder evtl. dem Aufsichtsrat geltend gemacht werden sollte, müßte sich die Gesellschaft u. U. Mitverschulden⁶ und ggfs. Kenntnis (§ 166 BGB) ihrer gesetzlichen Vertreter entgegenhalten lassen. Erst recht gilt dies natürlich für diejenigen Fälle, in welchen sich der Verdacht aufdrängt, daß der Abschlußprüfer in stillschweigendem oder offenem Einvernehmen mit dem Management des geprüften Unternehmens diesem behilflich gewesen ist, eine krisenhafte Entwicklung gegenüber Dritten (Unternehmenskäufern, Eigenkapitalgebern oder Kreditgebern) zu verschleiern.

Das Thema der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit und Haftung des Abschlußprüfers stellt sich daher, bei Lichte besehen, in den praktisch relevanten Fällen nahezu ausschließlich in Form einer möglichen Dritthaftung gegenüber Außenstehenden, die in Rechtsbeziehungen zum Unternehmen treten und Vermögensdispositionen im Vertrauen auf die Ordnungsmäßigkeit des erteilten Bilanztestates treffen. Die vom Rechtsverkehr für notwendig angesehene Richtigkeitskontrolle von Jahresabschlüssen durch sachverständige Prüfer kann aber eigentlich nur dann den erforderlichen Grad an Verlässlichkeit aufweisen, wenn die Tätigkeit der Kontrollenre ihrerseits rechtlicher Über-

prüfung nicht faktisch entzogen ist. Es liegt daher nahe, eine solche „Kontrolle der Kontrolleure“ mit den Mitteln des zivilrechtlichen Sanktionensystems durch diejenigen, die in einem der Kontrolltätigkeit berechtigterweise entgegengebrachten Vertrauen enttäuscht worden sind, im Grundsatz zu bejahen und notwendige Grenzziehungen im Rahmen der Definition des geschützten Personenkreises vorzunehmen. In den USA nahm die Rechtsprechung zur Dritthaftung von Wirtschaftsprüfern bereits im Jahre 1968 ihren Anfang⁷, als erstmals ein Wirtschaftsprüfer für einen bei einem vertragsfremden Dritten eingetretenen, leicht fahrlässig verursachten Vermögensschaden für haftbar gehalten wurde. Im Rahmen der EG fand zwar der Vorschlag einer fünften EG-Richtlinie (sog. Strukturrichtlinie) aus dem Jahre 1972, die eine der Höhe nach unbeschränkte, verschuldensabhängige Haftung des Rechnungsprüfers gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und sonstigen Dritten vorsah, nicht die erforderliche Mehrheit. Gleichwohl gelten in vielen EG-Rechtsordnungen schon seit langem für Wirtschaftsprüfer ähnliche Haftungsgrundsätze, wie sie die Strukturrichtlinie vorgesehen hatte⁸. Speziell die Situation in den USA verdeutlicht allerdings auch die erheblichen Risiken für den Berufsstand der Wirtschaftsprüfer, die sich angesichts der Höhe der bei Abschlußprüfungen regelmäßig involvierten Vermögensinteressen ergeben können. So wird denn auch die in den USA festzustellende Entwicklung, die zu einer Krise des Berufsstandes⁹ geführt hat, vielfach zum Anlaß genommen, vor einer ähnlichen Entwicklung in Deutschland zu warnen und Haftungsausweitungstendenzen zu Lasten der Wirtschaftsprüfer schon von Beginn an Einhalt zu gebieten¹⁰.

Ob solche rechtspolitischen Bedenken letztlich Gehör finden und die – in erster Linie mit der Entscheidung der anstehenden Fragen befaßte – höchstrichterliche Rechtsprechung zu beeinflussen vermögen, erscheint eher zweifelhaft. Die in vorderster Linie als mögliche Anspruchssteller im Rahmen einer Dritthaftung in Betracht kommenden Banken, die bei Kreditgewährungen bzw. Prolongationen auf der Grundlage fehlerhafter Bilanztestate zu den Hauptgeschädigten

³ Vgl. Die Zeit vom 17. Juni 1994, S. 23: „Hakelmänner im Zwielicht“, *manager magazin* 6/1994, S. 34 ff.; „Komplizen der Konzerne – Wirtschaftsprüfer in Verruf“; FAZ vom 24. Februar 1994, S. 16: „Das Testat – ein Qualitätssiegel von eingeschränktem Wert“.

⁴ Vgl. hierzu *Quick/Baker*, Die zivilrechtliche Haftung des Abschlußprüfers in den USA, RIW 1995, 474 ff.; *Lück/Knetsch*, Zur Haftung des wirtschaftsprüfenden Berufsstandes in den USA“, DB 1992, 901 ff.; umfassend dazu *Ebke*, Wirtschaftsprüfer und Dritthaftung, 1983, S. 140 ff.

⁵ Hierzu *Ebke*, a.a.O. (Fn. 4), S. 6 ff.; ferner *Hopt*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers, Rechtsprobleme zu § 323 HGB (§ 168 AktG a.F.) und zur Prospekt- und Auskunftshaftung“ in: *Festschr. für Pleyer*, 1986, S. 341 ff., 344; zum englischen Recht näher *Quick/Niemann*, Die Dritthaftung von gesetzlichen Abschlußprüfern in Großbritannien“, RIW 1992, S. 836 ff.

⁶ Allerdings wirkt sich etwaiges Mitverschulden wegen der Pflicht des Abschlußprüfers zu eigenverantwortlicher Prüfung nicht ohne weiteres schadensersatzbegrenzend aus, vgl. i. e. *Heymann/Herrmann*, HGB, § 323 Rdn. 8.

⁷ Hierzu *Ebke*, a.a.O. (Fn. 4), S. 170 ff.; *ders.*, „Revision und Revisionshaftung im neuen schweizerischen Aktienrecht“, RIW 1992, 823 ff., 824; *Quick/Baker*, a.a.O. (Fn. 4), S. 479; *Hopt*, a.a.O. (Fn. 5), S. 348.

⁸ Vgl. *Ebke*, a.a.O. (Fn. 4), S. 825; *Hopt*, a.a.O. (Fn. 5), S. 344 f.

⁹ Hierzu insbesondere *Lück/Hoizer*, Die Krise des wirtschaftsprüfenden Berufsstands in den USA“, DB 1993, 237 ff.

¹⁰ So z. B. *Müller*, „Grenzen und Begrenzbarkeit der vertragsrechtlichen Dritthaftung für Prüfungsergebnisse des Abschlußprüfers“, in: *Festschr. für Karl-Heinz Forster*, 1992, S. 452 ff.; *Ebke/Scheel*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers für fahrlässig verursachte Vermögensschäden Dritter“, WM 1991, 389 ff.; *Schmitz*, Die Vertragshaftung des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters gegenüber Dritten – eine Auseinandersetzung mit den Haftungsausweitungstendenzen der Rechtsprechung des BGH“, DB 1989, 1909 ff.

gehören, können für die Schutzwürdigkeit ihrer Interessen quasi „Verbraucherschutz“-Gesichtspunkte ins Feld führen – eine für die von der Rechtsprechung ansonsten nicht gerade verwöhnte Kreditwirtschaft durchaus ungewohnte Rolle. Die der Einlagensicherung dienende Vorschrift des § 18 KWG macht Kreditinstituten zur Auflage, Kreditgewährungen ohne Sicherheitenbestellung nur auf der Grundlage testierter Jahresabschlußbilanzen des Kreditnehmers vorzunehmen und erhebt damit das Testat zur Essentialie jeder Kreditwürdigkeitsprüfung.

Auch scheint das Argument, daß die amerikanische Entwicklung eine Überforderung des Berufsstandes durch eine solche Dritthaftung belege, keineswegs zwingend. Die häufig enormen und zum Teil auch nicht mehr versicherbaren Schadensersatzrisiken, welchen US-amerikanische Wirtschaftsprüfer ausgesetzt sind, erscheinen zu einem Großteil weniger als Konsequenz der Dritthaftung als solcher, sondern vielmehr als Ausprägung der allgemeinen schadensersatzrechtlichen Besonderheiten des US-amerikanischen Rechtssystems. Die zum Teil exzessive Höhe von eingeklagten Schadensersatzforderungen¹¹ dürfte z. B. weniger darauf zurückzuführen sein, daß die Jahresabschlußerstellung und -prüfung typischerweise ganz außergewöhnliche, haftungsrechtlich nicht mehr tragbare Risiken beinhaltet, sondern vielmehr durch die Möglichkeit der Erhebung von Gruppenklagen (class action suits)¹², ein meist nicht vorhandenes Kostenrisiko des Klägers im Falle des Unterliegens vor Gericht¹³, die Eigenarten des amerikanischen jury trial¹⁴ sowie die weitreichende Gesamtschuldnerhaftung¹⁵ nach amerikanischem Recht bedingt sein. So ist denn auch die relative Häufigkeit von Schadensersatzforderungen exorbitanten Ausmaßes ein generelles Charakteristikum des vom kontinentaleuropäischen Standard sehr stark abweichenden, amerikanischen Schadensersatz- und Prozeßrechts, wie dies insbesondere auch in den Bereichen der Produkthaftung, des Wettbewerbsrechts und des Gesellschaftsrechts zum Ausdruck kommt. Ferner trägt zur besonderen Anfälligkeit amerikanischer Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in bezug auf eine persönliche Einstandspflicht ihrer Gesellschafter nach den Grundsätzen der Gesamtschuldnerhaftung bei, daß diese – anders als hierzulande – weithin in der Form von partnerships und nicht als Kapitalgesellschaften mit beschränkter Haftung organisiert sind¹⁶.

So hat beispielsweise das Schweizer Recht, welches ebenfalls die betragsmäßig unbeschränkte Dritthaftung des Abschlußprüfers auch für fahrlässig falsche Testate kennt¹⁷, keineswegs zu vergleichbaren Entwicklungen wie in den USA geführt. Auch haben die von der Rechtsprechung entwickelten, außerordentlich weitreichenden Sorgfaltspflichtenanforderungen, die hiezulande an die beratende Tätigkeit von Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und Rechtsanwälten gestellt werden, bislang nicht zu einer mit amerikanischen Verhältnissen vergleichbaren Welle von Haftpflichtprozessen oder gar einer Existenzbedrohung des Berufsstandes geführt. Gerade angesichts der hohen, vom Bundesgerichtshof an die Berufsausübung von Freiberuflern wie Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern gestellten Sorgfaltspflichtenanforderungen war letztlich kaum zu erwarten, daß der Kernbereich der Berufsausübung von Wirtschaftsprüfern (z. T. aber auch von Steuerberatern), nämlich die Jahresabschlußprüfung, von dieser Entwicklung

verschont bleiben, bzw. sich haftungsrechtlich auf das von der praktischen Bedeutung her eher unmaßgebliche Rechtsverhältnis zum Prüfungsauftraggeber beschränken lassen würde. Eine neue Qualität in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Dritthaftung bei Testaterteilungen wurde mit den Entscheidungen des IV a-Senates des BGH vom 26. November 1986¹⁸ sowie des danach für dieses Rechtsgebiet zuständig gewordenen XI. Senates vom 18. Oktober 1988¹⁹ geschaffen. Beide Entscheidungen haben das Einfallstor für mögliche Schadensersatzpflichten des Abschlußprüfers gegenüber kreditgebenden Banken des geprüften Unternehmens bei freiwilligen Abschlußprüfungen weit aufgestoßen. Angesichts beider vorgenannter Entscheidungen wachsen die Zweifel, ob in dem praktisch viel bedeutsameren Bereich der Pflichtprüfung die restriktive Haftungsregelung des § 323 HGB noch einen verläßlichen Schutz gegen die Anwendung der zur freiwilligen Abschlußprüfung ergangenen Dritthaftungsgrundsätze bieten wird²⁰. Eine höchstrichterliche Entscheidung hierzu steht noch aus, ist jedoch angesichts der im Vergleich zu früher deutlich zunehmenden Klagebereitschaft seitens der Kreditwirtschaft in nicht allzu ferner Zukunft zu erwarten, sofern nicht zuvor eine Neuregelung seitens des Gesetzgebers erfolgt.

Neben der Frage der möglicherweise im Rahmen derartiger Haftpflichtprozesse in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen stellen sich eine Reihe weiterer, bislang vielfach noch ungeklärter Rechtsfragen, die im folgenden ebenfalls behandelt werden.

¹¹ Aufsehen erregte der Fall der US-amerikanischen Prüfungsgesellschaft LAVENTHOL & HORWATH, die angesichts von ca. 100 anhängigen Gerichtsverfahren mit Schadensersatzforderungen von insgesamt mehr als 2 Mrd. US-\$ Konkurs anmeldete; hierzu *Lück/Holzer*, a.a.O. (Fn. 9), S. 241 und FAZ v. 10. November 92, S. 20.

¹² Class action suits sind ein typisches Charakteristikum des US-amerikanischen Schadensersatzrechtes. Bei der class suit ist die Zahl der möglichen Kläger so groß, daß eine Klage unter Beteiligung sämtlicher Kläger unverhältnismäßig aufwendig, wenn nicht gar unmöglich wäre. In solchen Fällen betreibt ein Kläger – zugleich stellvertretend für alle anderen möglichen Kläger – das Verfahren. Hierzu näher *Henn/Alexander*, *Laws of Corporations*, 1983, S. 1045 ff.; zum Gebrauch der class suit in Schadensersatzprozessen gegen Wirtschaftsprüfer vgl. *Lück/Knetsch*, a.a.O. (Fn. 4), S. 903; durch das fehlende Kostenrisiko wird die Bereitschaft einer Vielzahl möglicher Kläger gefördert, sich in solcher Weise im Prozeß vertreten zu lassen; zur (Mit-)Jursächlichkeit der class suits für die hohen Haftungsrisiken US-amerikanischer Wirtschaftsprüfer vgl. auch *Quick/Baker*, a.a.O. (Fn. 4), S. 6.

¹³ Im US-amerikanischen Recht gibt es keine Kostentragungspflicht der vor einem Gericht unterlegenen Partei für die Kosten der gegnerischen Seite. Hinzu kommt, daß die vom Kläger selbst beauftragten Anwälte häufig auf der Basis von sog. contingency fees tätig werden, d. h. Erfolgshonoraren, die nur aus einer für den Fall des Obsiegens realisierten Zahlung der Gegenseite zu bezahlen sind.

¹⁴ Die Prozesse werden häufig von Geschworenengerichten entschieden, die mit Laienrichtern besetzt sind.

¹⁵ Hierzu näher *Quick/Baker*, a.a.O. (Fn. 4), S. 476 sowie *Lück/Knetsch*, a.a.O. (Fn. 4), S. 903; die Haftungsgrundsätze der joint and several liability wurden auch von der amerikanischen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ARTHUR ANDERSEN als Hauptpunkt der Kritik am geltenden amerikanischen Haftungsrecht für Wirtschaftsprüfer ins Feld geführt, vgl. FAZ vom 10. November 1992, S. 20.

¹⁶ Vgl. *Quick/Baker*, Die zivilrechtliche Haftung des Abschlußprüfers in den USA, RfW 1995, 474, 477.

¹⁷ Hierzu insbesondere *Hopt*, a.a.O. (Fn. 5), S. 344 ff.; ausführlich *Ebke*, *Revision und Revisionshaftung im neuen schweizerischen Aktienrecht*, RfW 1992, 823 ff.

¹⁸ BGH vom 26. November 1986 = WM 1987, 253 = WuB I G 5-3.87 *Häuser* = NJW 1987, 1758 ff.

¹⁹ BGH vom 18. Oktober 1988 = WM 1989, 375 = WuB IV A. 5 676 BGB 1.89 *Sturmhoebel* = NJW-RR 1989, 696.

²⁰ So auch die skeptische Erwartung der berufsständischen Organisationen: So heißt es im WP-Handbuch, 1992, Bd. 1, Rdn. 303 ausdrücklich, daß eine Dritthaftung des Abschlußprüfers im Rahmen von Pflichtprüfungen „noch“ nicht bestehe; zur Einschätzung der Situation durch das Fachinstitut des deutschen Steuerberaterverbandes vgl. auch Handelsblatt vom 7. Januar 1992, S. 5 („Die Dritthaftung ist das besondere Risiko beim Testat durch einen Steuerberater“); ferner *Niesert*, Die Diskussion um die Haftung des Wirtschaftsprüfers geht weiter, Blick durch die Wirtschaft v. 27. Juli 95, S. 7.

II. Vertragliche und quasivertragliche Ansprüche

1. Dritthaftung bei freiwilliger Abschlußprüfung

Freiwillige, d. h. nicht auf gesetzlicher Anordnung beruhende Abschlußprüfungen kommen in der Praxis insbesondere bei Personengesellschaften²¹ vor, wobei dort wiederum die GmbH & Co. die wichtigste Fallgruppe darstellt. Angesichts der herausragenden Bedeutung der GmbH & Co. als typischer Rechtsform mittelständischer Unternehmen geht es somit zumindest derzeit eine erhebliche Anzahl wirtschaftlich bedeutender Unternehmen, die nicht der Rechnungslegungspflicht gem. §§ 264 ff. HGB und damit auch nicht der gesetzlichen Pflichtprüfung unterliegen²². Gleichwohl läßt der überwiegende Teil dieser Gesellschaften den Jahresabschluß auf freiwilliger Basis prüfen, wobei hierfür neben der Schutzfunktion des Testats für unternehmerisch nicht tätige Gesellschafter insbesondere der Umstand maßgeblich ist, daß Kreditgewährungen durch Banken regelmäßig nur bei Vorlage testierter Bilanzen erfolgen. Damit gibt es derzeit noch einen an Zahl und wirtschaftlichem Gewicht bedeutenden Bereich der Jahresabschlußprüfung, für welchen keine gesetzlichen Regelungen der Prüferhaftung existieren.

Sobald die GmbH & Co hinsichtlich der Rechnungslegungspflicht und damit auch der Prüfungspflicht der reinen Kapitalgesellschaft gleichgestellt ist, was in nächster Zukunft zu erwarten sein dürfte, wird die freiwillige Abschlußprüfung in Deutschland praktisch bedeutungslos werden. Gleichwohl wird hier hinsichtlich der Haftungssituation des Abschlußprüfers zwischen freiwilliger und Pflichtprüfung differenziert, zumal die neuere BGH-Rechtsprechung zur Dritthaftung zu Fällen freiwilliger Abschlußprüfung entwickelt wurde.

a) Haftungsausschluß durch analoge Anwendung von § 323 Abs. 1 HGB?

Nach verbreiteter, allerdings unzutreffender (vgl. nachstehend zu II. 2) Ansicht regelt § 323 HGB die Haftung von Wirtschaftsprüfern, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, vereidigten Buchprüfern und Buchprüfungsgesellschaften (§ 319 Abs. 1 HGB) in Bereichen der gesetzlich vorgeschriebenen Jahresabschlüsse abschließend dahingehend, daß die Haftung bei fahrlässigen Pflichtverletzungen auf höchstens 500 000,- DM begrenzt wird, insbesondere daß die Vorschrift als lex specialis jegliche Haftung gegenüber in der Vorschrift nicht genannten Dritten, die auf das Testat der Wirtschaftsprüfer vertrauen, ausschließt²³. Für den Bereich der Pflichtprüfungen soll dies unter II. 2 erörtert werden. Im Rahmen von freiwilligen Abschlußprüfungen wird vereinzelt in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und in Teilen der Literatur die Auffassung vertreten, daß auch hier eine vertragliche bzw. quasivertragliche Dritthaftung des Abschlußprüfers abzulehnen sei, da ansonsten ein Systemwiderspruch zu Pflichtprüfungen bestehe. Der Abschlußprüfer dürfe im Rahmen von freiwilligen Prüfungen nicht schärfer haften als bei Pflichtprüfungen²⁴. Da eine vertragliche Dritthaftung aber im Bereich von Pflichtprüfungen aufgrund des § 323 Abs. 1 HGB ausgeschlossen sei, müsse dies erst Recht für freiwillige Abschlußprüfungen gelten²⁵.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Sie ist sowohl in ihrer Prämisse als auch in ihrer Schlußfolgerung verfehlt. Zum einen kommen vertragliche Schadensersatzansprüche Dritter gegen den Abschlußprüfer nach der hier vertretenen Auffassung auch im Rahmen von Pflichtprüfungen in Betracht (siehe II. 2). Ein Systemwiderspruch besteht somit von vornherein nicht. Zum anderen besteht kein Anlaß, die Parteiautonomie im Bereich der freiwilligen Abschlußprüfungen über die Grenzen der §§ 134, 138 BGB hinaus einzuschränken. Sofern die Parteien, sei es auch nur konkludent, vertragliche Verpflichtungen eingehen bzw. Schutzpflichten zugunsten Dritter begründen, muß dies als Ausfluß der Vertragsfreiheit anerkannt werden. So hat auch der BGH in seinen Entscheidungen zu freiwilligen Abschlußprüfungen die Haftung des Prüfers gegenüber den geschädigten Dritten nicht etwa über eine analoge Anwendung des § 323 Abs. 1 HGB ausgeschlossen²⁶. Der BGH hat mit diesen Entscheidungen den Weg zu einer Ausdehnung der vertraglichen Haftung des Abschlußprüfers gewiesen, die im folgenden näher untersucht werden soll.

b) Auskunftsvertrag

Eine vertragliche Haftung des Abschlußprüfers kommt in Betracht, wenn dieser als Auskunftgeber seine Pflichten aus einem ausdrücklich oder konkludent geschlossenen Auskunfts- und Beratungsvertrag verletzt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Abschluß eines stillschweigenden Auskunftsvertrages und damit eine vertragliche Haftung des Auskunftgebers für die Richtigkeit seiner Auskunft, ungeachtet des § 676 BGB, dann anzunehmen, wenn diese für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will; dies gilt insbesondere in Fällen, in denen der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft besonders sachkundig ist oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt²⁷. Allerdings hat der BGH dies im Urteil vom 17. September 1985 insoweit eingeschränkt, daß allein die Sachkunde des Auskunftgebers und die Bedeutung der Auskunft für den Empfänger für das Zustandekommen eines Auskunftsvertrages nicht ansreichen²⁸. Diese Umstän-

²¹ Soweit diese nicht bereits nach § 1 Abs. 1 PublG einer Prüfungspflicht unterliegen (Größenkriterien: Bilanzsumme größer als 125 Mio. DM, Umsatzerlöse größer als 250 Mio. DM, mehr als 5000 Arbeitnehmer) mit der Folge, daß die für die Pflichtprüfung geltende Haftungsnorm des § 323 HGB gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 PublG Anwendung findet.

²² Zwar unterliegt auch die kleine GmbH (§ 267 Abs. 1 HGB) nicht der Pflichtprüfung. Freiwillige Abschlußprüfungen kommen hier jedoch angesichts des geringen Bilanzvolumens nur selten vor.

²³ Vgl. OLG Karlsruhe WM 1985, 940, 944 = WuB II A. § 168 AktG 1.85 Stützel; LG Mönchengladbach NJW-RR 1991, 415, 416; Ebke, Wirtschaftsprüfer und Dritthaftung, 1983, S. 38-44 und 56-60; Ebke/Bert, EWS 1993, 230, 231; Ebke/Fechtrup, JZ 1986, 1112, 1116; Ebke/Scheel, WM 1991, 389; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 5. Aufl., § 323 HGB Rdn. 77, 91.

²⁴ LG Mönchengladbach NJW-RR 1991, 415, 416; vgl. auch H. P. Müller, Grenzen und Begrenzbarkeit der vertragsrechtlichen Dritthaftung für Prüfungsergebnisse des Abschlußprüfers, in: Festschr. für Karl Heinz Forster, 1992, S. 452, 460 ff.; Schmitz, DB 1989, 1909, 1914 ff.

²⁵ Ebke, WM 1991, 389, 395.

²⁶ BGH WM 1987, 257 ff. = WuB I D 3.-3.87 Gößmann = NJW 1987, 1758 ff.; BGH WM 1989, 375 = WuB IV A. § 676 BGB 1.89 Sturmhoebel; NJW-RR 1989, 696 ff.

²⁷ Vgl. u. a. BGHZ 7, 371, 374 ff.; 74, 103, 106 f. = WM 1979, 530; BGH WM 1962, 1110; BGH WM 1965, 287; BGH WM 1972, 466; BGH WM 1979, 771, 772; BGH WM 1985, 450, 451; BGH WM 1985, 1531 = WuB IV A. § 676 BGB 2.86 Frisinger = NJW 1986, 180.

²⁸ BGH WM 1985, 1531 = WuB IV A. § 676 BGB 2.86 Frisinger = NJW 1986, 180, 181.

de stellten zwar Indizien mit erheblichen Gewicht dar. Entscheidend sei aber darauf abzustellen, ob die Gesamtumstände unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses den Rückschluß zulassen, daß beide Teile nach dem objektiven Inhalt ihrer Erklärungen die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten gemacht haben²⁹. Weitere Umstände, die für eine vertragliche Verpflichtung des Auskunftgebers sprechen können, sind z. B. sein persönliches Engagement in der Form von Zusicherungen nach Art einer Garantieübernahme³⁰, das Versprechen eigener Nachprüfung der Angaben des Geschäftspartners des Auskunftsempfängers³¹, die Hinzuziehung des Auskunftgebers zu Vertragsverhandlungen auf Verlangen des Auskunftsempfängers³² oder die Einbeziehung in solche Vertragsverhandlungen als unabhängige neutrale Person³³ sowie eine bereits anderweitig bestehende Vertragsbeziehung zwischen Auskunftgeber und Auskunftsempfänger³⁴.

Verneint wurde eine vertragliche Bindung des Auskunftgebers gegenüber dem Auskunftsempfänger hingegen, wenn ersterer nicht als unparteiischer Sachwalter, sondern lediglich als unselbständige Hilfsperson („verlängerter Arm“) des Geschäftspartners des Auskunftsempfängers auftritt³⁵. Im Ergebnis wird es auf eine Gesamtbetrachtung des Einzelfalles ankommen, bei der das Vorliegen der vorgenannten Indizien entsprechend zu gewichten ist.

Soweit das LG Mönchengladbach in seinem Urteil vom 31. Mai 1990³⁶ über eine Betrachtung der genannten Umstände des Einzelfalles hinaus eine „unmittelbare Fühlungnahme“ zwischen Auskunftgeber und Auskunftsempfänger zur *conditio sine qua non* für das Zustandekommen eines stillschweigenden Auskunftsvertrages erhebt, sind Zweifel angebracht. Bei näherer Betrachtung findet diese Beurteilung auch keine ausreichende Grundlage in der Rechtsprechung des BGH. Richtig ist, daß von den Umständen eines direkten Kontaktes zwischen Auskunftgeber und Auskunftnehmer eine erhebliche Indizwirkung ausgehen kann, was in den vom BGH zur Dritthaftung bei freiwilligen Abschlußprüfungen unterschiedenen Fällen zumeist gegeben war³⁷. Einen über die Indizwirkung hinausgehenden Bedingungscharakter spricht jedoch selbst der BGH einer unmittelbaren Fühlungnahme nicht zu. In der Tat wird in vielen Fällen kein direkter Kontakt zwischen Abschlußprüfer und Auskunftsempfänger bestehen. Soweit jedoch freiwillige Abschlußprüfungen gerade im Hinblick auf eine Kreditvergabe bzw. Proлонgation oder einen Unternehmenskauf vorgenommen werden und der Auskunftsempfänger für den Abschlußprüfer erkennbar auf der Grundlage und im Vertrauen auf die Ordnungsmäßigkeit eines erteilten Bilanztestates erhebliche Vermögensdispositionen trifft, liegt es nahe, die oben erörterten Grundsätze für das stillschweigende Zustandekommen eines Auskunftsvertrages zwischen Prüfer und Dritten auch ohne direkten persönlichen Kontakt anzuwenden³⁸. Den hierfür erforderlichen Willen zu zielgerichteter Auskunftserteilung wird man z. B. dann unterstellen können, wenn der Prüfer seinem Auftraggeber gerade so viele Exemplare des gesiegelten Prüfungsberichtes zur Verfügung stellt, wie von der Gruppe der an das Unternehmen Kredite ausreichenden Banken benötigt werden.

Die Voraussetzungen für die Annahme eines stillschweigenden Auskunftsvertrages werden allerdings dann nicht mehr vorliegen, wenn weder ein unmittel-

barer Kontakt zwischen Prüfer und Kreditinstitut zustande gekommen ist, noch sich aus den Umständen konkludent ein Wille ableiten läßt, zu den kreditgebenden Banken in eine vom Verhältnis zum Prüfungsauftraggeber unterscheidbare, selbständige Rechtsbeziehung zu treten. Liegen für das Zustandekommen eines Auskunftsvertrages demnach keine ausreichenden Anhaltspunkte vor, ist jedoch zu prüfen, ob quasivertragliche Ansprüche nach den von der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aufgestellten Grundsätze eingreifen. Zumindest für die hier interessierende Rechtsbeziehung zwischen Prüfer und Bankenkreditgeber des Prüfungsauftraggebers dürfte die früher zum „Auskunftsvertrag mit dem, den es angeht“ ergangene Rechtsprechung³⁹ durch die nachfolgend zu erörternden Urteile betreffend das Zustandekommen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter überholt sein.

c) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Neben der Haftung des Abschlußprüfers aus einem konkludent geschlossenen Auskunftsvertrag können Ansprüche Dritter aus dem zwischen Auftraggeber und Abschlußprüfer geschlossenen Prüfungsvertrag in Betracht kommen, wenn der Dritte in den Schutzbereich dieses Vertrages einbezogen wurde. Der auf dem Prinzip von Treu und Glauben beruhende und in Anlehnung an § 328 BGB entwickelte „Vertrag mit Schutzwirkung gegenüber Dritten“ begründet für den Dritten einen eigenen Ersatzanspruch für Schäden, die dieser aufgrund von Vermögensdispositionen erleidet, die er im – enttäuschten – Vertrauen auf die Richtigkeit des Testates getroffen hat.

Ursprünglich wurde die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich eines Vertrages angenommen, wenn dem Vertragspartner der in Anspruch genommenen Partei eine Schutz- bzw. Fürsorgepflicht zugunsten des geschädigten Dritten oblag⁴⁰. Der Bundesgerichtshof hat jedoch klargestellt, daß mit dieser „Wohl- und Wehe-Rechtsprechung“ nicht bereits die Grenzen für die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages gezogen seien. In den der „Wohl- und Wehe-Rechtsprechung“ zugrundeliegenden Fällen ergebe sich allein aufgrund der objektiven Interessenla-

²⁹ BGH WM 1973, 141; BGH WM 1978, 576, 577; BGH WM 1985, 1531 = WuB IV A. § 676 BGB 2.86 *Frisinger* = NJW 1986, 180, 181.

³⁰ BGHZ 7, 371, 377; BGH WM 1962, 845; BGH WM 1985, 1531 = WuB IV A. § 676 BGB 2.86 *Frisinger* = NJW 1986, 180, 181.

³¹ BGH WM 1965, 287; BGH WM 1985, 1531 = WuB IV A. § 676 BGB 2.86 *Frisinger* = NJW 1986, 180, 181.

³² BGH WM 1966, 1283; BGH WM 1985, 1531 = WuB IV A. § 676 BGB 2.86 *Frisinger* = NJW 1986, 180, 181.

³³ BGH WM 1972, 466; BGH WM 1985, 1531 = WuB IV A. § 676 BGB 2.86 *Frisinger* = NJW 1986, 180, 181.

³⁴ BGH WM 1969, 36, 37; BGH WM 1985, 1531 = WuB IV A. § 676 BGB 2.86 *Frisinger* = NJW 1986, 180, 181.

³⁵ BGH WM 1985, 1531 = WuB IV A. § 676 BGB 2.86 *Frisinger* = NJW 1986, 180 f.

³⁶ LG Mönchengladbach NJW-RR 1991, 415 unter Bezugnahme auf BGH DB 1973, 716 m.w.N.; ebenso bzgl. des Erfordernisses „unmittelbarer Fühlungnahme“: *Quick/Baker*, BB 1992, 1675 ff., 1683; *Budde/Hense*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, 3. Aufl. 1995, § 323 HGB Rdn. 213.

³⁷ Vgl. bereits BGH WM 1973, 141 = NJW 1973, 321, 323 m.w.N.

³⁸ Vgl. auch BGH DB 1990, 2516.

³⁹ Vgl. BGHZ 12, 105, 109; BGH WM 1970, 1021 = NJW 1970, 1737; OLG Köln VersR 1978, 333; OLG Saarbrücken BB 1978, 1434, 1435; OLG Hamm WM 1987, 851 = NJW-RR 1987, 209; OLG Köln NJW-RR 1988, 335, 336, aus der Literatur vgl. *Müssig*, NJW 1989, 1697, 1701; *Honsell*, JuS 1976, 621, 626; *Schindhelm/Grothe*, DStR 1989, 445, 449; *Ebke/Scheel*, WM 1991, 389, 391.

⁴⁰ Vgl. BGH WM 1976, 427 = NJW 1976, 712; BGH NJW 1964, 33; BGH WM 1969, 1984 = NJW 1970, 38; BGH WM 1970, 1100 = NJW 1971, 1931.

ge die stillschweigende Vereinbarung einer Schutzpflicht für Dritte⁴¹. Aber auch ohne eine bereits aus der objektiven Interessenlage entspringende Fürsorgepflicht könne sich eine Schutzpflicht zugunsten Dritter ergeben, da es den Parteien gemäß § 328 BGB freistehe, ausdrücklich oder stillschweigend eine Leistungspflicht zugunsten eines Dritten zu begründen. Ob ein solcher rechtsgeschäftlicher Wille bestehe, sei von dem Tatrichter nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln⁴².

In der Entscheidung vom 26. November 1986⁴³ hat der Bundesgerichtshof beispielsweise die Einbeziehung eines Käufers von Geschäftsanteilen in den einem Steuerberater erteilten Auftrag zur Prüfung eines Zwischenabschlusses der Gesellschaft bejaht, weil für den Steuerberater erkennbar war, daß sein Testat entweder für einen Käufer oder für einen Kreditgeber bestimmt war. Für die Annahme einer Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages ist es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht erforderlich, daß dem Schutzpflichtigen die Zahl oder die Namen der zu schützenden Personen bekannt sind⁴⁴. Es genügt, daß die Schutzpflicht auf eine überschaubare, klar abgrenzbare Personengruppe beschränkt wird⁴⁵. Eine solche Abgrenzbarkeit und Überschaubarkeit des geschützten Personenkreises liegt daher nicht etwa nur hinsichtlich der bei Testaterteilung bereits vorhandenen und dem Prüfer bereits bekannten, sondern auch in bezug auf etwaige künftige Kreditgeber vor, die sich bei den geprüften Unternehmen unter Zugrundelegung der testierten Bilanz neu engagieren⁴⁶.

Die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte hängt regelmäßig davon ab, ob aufgrund der objektiven Interessenlage Anhaltspunkte dafür bestehen, daß die Parteien den Schutz eines Dritten wollen, was dann anzunehmen ist, wenn die testierte Bilanz dem Dritten, z. B. als Käufer oder Kreditgeber, erkennbar als Entscheidungsgrundlage zu dienen bestimmt ist⁴⁷. Entsprechend ging das Landgericht Hamburg in einer Entscheidung aus dem Jahre 1989 davon aus, daß ein Auftrag zur Erstellung einer Jahresbilanz Schutzwirkung zugunsten eines Kaufinteressenten hat, da Jahresbilanzen üblicherweise auch zur Krediterlangung und Werbung von neuen Gesellschaftern benutzt werden⁴⁸.

Da Kreditinstitute gemäß § 18 KWG bei der Vergabe von Krediten über mehr als 100 000,- DM verpflichtet sind, die wirtschaftlichen Verhältnisse der Kreditnehmer, insbesondere anhand von testierten Jahresabschlüssen, zu überprüfen, liegt es nahe, aus dieser öffentlich-rechtlichen Pflicht eine Einbeziehung von Kreditinstituten in den Schutzbereich von Prüfungsverträgen grundsätzlich abzuleiten, sofern dem Prüfer die dem Kreditgewerbe aus diesen aufsichtsrechtlichen Vorschriften erwachsenden Verpflichtungen⁴⁹ bekannt sind. Der BGH hatte es im Urteil vom 26. November 1986 den tatrichterlichen Feststellungen überlassen, ob dem Abschlußprüfer die auf § 18 KWG beruhenden Pflichten der Kreditinstitute bekannt waren⁵⁰. Diese Kenntnis ist jedoch bei Prüfungsgesellschaften ohne weiteres zu unterstellen, so daß allein aus diesem Grund für den Abschlußprüfer erkennbar ist, daß die kreditgebenden Banken des geprüften Unternehmens das Ergebnis seiner Abschlußprüfung zu einer Entscheidungsgrundlage für ihr Kreditengagement machen.

Inzwischen ist auch als gefestigte Rechtsprechung anzusehen, daß eine etwaige Gegenläufigkeit der Interessen des Auftraggebers und des Dritten nicht des-

sen Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages ausschließt⁵¹. In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung wie auch in der Literatur ist hierzu teilweise erhebliche Kritik geäußert worden⁵². *Ebke/Scheel*⁵³ halten dem BGH vor, die Annahme eines gemeinsamen Interesses des Auftraggebers und des Dritten an der Richtigkeit eines Testates oder eines Gutachtens sei lebensfremd. Während es beispielsweise einer Kreditnehmerin darauf ankomme, ihre wirtschaftliche Lage möglichst vorteilhaft darzustellen und nicht eine Haftung des Abschlußprüfers zu begründen, sei die Kreditgeberin darauf bedacht, ihr Kreditengagement möglichst optimal abzusichern. Angesichts dieses Interessenwiderstreits entpuppe sich die Konstruktion eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als Fiktion.

Dies vermag nicht zu überzeugen. Wie der BGH im Girmes-Urteil vom 20. März 1995 erneut bestätigt hat, kann auch bei bestehender Gegenläufigkeit der Interessen von Auftraggeber und Dritten die Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages im Einzelfall geboten sein⁵⁴. Ansatzpunkt des BGH ist, daß Personen, die über eine besondere vom Staat anerkannte Sachkunde verfügen (wie z. B. öffentlich bestellte Sachverständige, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater), davon ausgehen müssen, daß sie bei der Begutachtung Sorgfaltspflichten unter Umständen gegenüber mehreren Personen mit unterschiedlicher Interessenrichtung zu beachten haben⁵⁵. Dem Abschlußprüfer wird dabei in der Regel bewußt sein, daß seinem Testat Beweiskraft zukommen soll. Soweit der Abschluß – für den Prüfer erkennbar – Dritten als Entscheidungsgrundlage für Vermögensdispositionen zur Verfügung gestellt werden soll, hat der Auftraggeber typischerweise ein Interesse daran, daß diese Beweiskraft durch eine nach bestem Wissen und Gewissen durchgeführte objektive Prüfung des Abschlusses hergestellt wird. In diesem Sinne muß auch die Auftragserteilung nach dem objektiven Empfängerhorizont ausgelegt werden. Eine etwa vorhandene Absicht des Auftraggebers, den Kreditgebern lediglich zum Schein eine ordnungsgemäß ausgestellte und geprüfte Bilanz vorzulegen, während tatsächlich ein gegenteiliges In-

⁴¹ Vgl. BGH WM 1971, 1100 = NJW 1987, 1758, 1759; BGH WM 1985, 450 = NJW 1984, 355; BGH WM 1985, 450 = NJW-RR 1986, 484.

⁴² BGH WM 1985, 450 = NJW 1984, 355 = LM § 328 BGB Nr. 75.

⁴³ BGH WM 1987, 257 = WuB I D 3.-3.87 *Gößmann* = NJW 1987, 1758 ff.

⁴⁴ Vgl. BGH WM 1958, 710; BGH NJW 1961, 211; BGH WM 1971, 1100 = NJW 1971, 1931; BGH NJW 1956, 1193; BGH WM 1985, 450 = NJW 1984, 355; BGH WM 1987, 257 = WuB I D 3.-3.87 *Gößmann* = NJW 1987, 1758.

⁴⁵ Vgl. BGH WM 1987, 257 = WuB I D 3.-3.87 *Gößmann* = NJW 1987, a.a.O. (Fn. 44).

⁴⁶ Vgl. z. B. BGH WM 1987, 257 = WuB I D 3.-3.87 *Gößmann* = NJW 1987, 1758, 1760; BGH WM 1993, 897 = NJW-RR 1993, 944; BGH NJW 1995, 392.

⁴⁷ Vgl. BGH WM 1987, 257 = WuB I D 3.-3.87 *Gößmann* = NJW 1987, 1758, 1759; vgl. auch BGH NJW-RR 1989, 696.

⁴⁸ Vgl. LG Hamburg DStR 1989, 649, 650.

⁴⁹ Vgl. auch Anweisung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 5. Juli 1977 -I3-237- 4/77, betr.: Fragen zur Auslegung des § 18 KWG; abgedr. bei *Reischauer/Kleinhaus*, KWG-Komm., KzA 115, Anh. zu § 18 Nr. 1.

⁵⁰ Vgl. BGH WM 1987, 257 = WuB I D 3.-3.87 *Gößmann* = NJW 1987, 1758, 1759.

⁵¹ Vgl. BGH WM 1987, 257 = WuB I D 3.-3.87 *Gößmann* = NJW 1987, 1758, 1759; BGH WM 1989, 375 = WuB IV A. § 676 BGB *Sturmhoebel* = NJW-RR 1989, 696 m.w.N.; BGH WM 1993, 897 = NJW-RR 1993, 944; BGH NJW 1995, 392 ff. (zur Dritthaftung eines Bausachverständigen).

⁵² LG Mönchengladbach NJW-RR 1991, 415, 416 f.; *Ebke/Scheel*, WM 1991, 389, 391 ff.

⁵³ *Ebke/Scheel*, a.a.O. (Fn. 52), S. 392.

⁵⁴ BGH WM 1995, 882 = WuB II A. § 155 AktG 1.95 *Henrichs* = NJW 1995, 1739, 1747 m.w.N.

⁵⁵ Vgl. BGH WM 1989, 375 = WuB IV A. § 676 BGB 1.89 *Sturmhoebel* = NJW-RR 1989, 696.

teresse verfolgt wird, wäre als geheimer Vorbehalt (§ 116 BGB) unbeachtlich und könnte einer Einbeziehung der Bilanzempfänger in den Schutzbereich des Prüfungsvertrages entgegen der von *Ebke/Scheel* vertretenen Auffassung keinesfalls entgegenstehen.

2. Dritthaftung bei Pflichtprüfungen

Zum Teil wird in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, daß Dritten bei Pflichtprüfungen keine vertraglichen Ansprüche gegen Wirtschaftsprüfer zustünden. § 323 Abs. 1 HGB stehe einer Geltendmachung von Drittschäden insoweit entgegen⁵⁶. § 323 HGB schließt jedoch nach richtiger Auffassung nur in seinem eigenen Anwendungsbereich eine Haftung gegenüber dort nicht genannten Dritten aus. Anspruchsgrundlagen wie Auskunftsvertrag oder Delikt sind dagegen nach überwiegender Meinung davon nicht betroffen⁵⁷. Insoweit regelt § 323 HGB die Haftung gegenüber Dritten überhaupt nicht⁵⁸. Das gleiche gilt jedoch entgegen einer in der Literatur verbreiteten Meinung⁵⁹ auch für eine Haftung nach den von der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aufgestellten Grundsätzen⁶⁰.

Sinn und Zweck des § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB ist lediglich die Normierung einer gesetzlichen Anspruchsgrundlage im Verhältnis zwischen der zu prüfenden Gesellschaft bzw. mit ihr verbundenen Unternehmen und dem Abschlußprüfer. Sofern die Vertragsparteien darüber hinaus vertragliche Leistungs- und Schutzpflichten begründen wollen, sind sie daran nicht durch § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB gehindert, insbesondere ist es ihnen unbenommen, nach § 328 BGB Leistungspflichten zugunsten eines Dritten zu begründen. Der Gestaltungsfreiheit der Parteien sind in dieser Hinsicht keine engeren Grenzen gezogen als die, die für alle Verträge gelten (insbesondere §§ 134, 138 BGB). Den Vertragsparteien steht daher frei, eine Schutzpflicht auch zugunsten von solchen Personen – insbesondere auf das Abschlußtestat vertrauenden Banken – zu begründen, die nicht ihrer Fürsorge anvertraut sind⁶¹. Ob ein solcher rechtsgeschäftlicher Wille besteht, hat der Richter nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln⁶².

Wie bei den Rechtsprechungsgrundsätzen zu freiwilligen Abschlußprüfungen kann es dabei unter Zugrundelegung einer typisierenden, auf den objektiven Empfängerhorizont abstellenden Betrachtungsweise nicht darauf ankommen, ob der Prüfer bereit ist, sich gegenüber der Bank als Dritten ins Obligo zu begeben. Maßgebend ist nur, ob er weiß oder wissen muß, daß sein Abschluß als Entscheidungsgrundlage (wenn auch nicht die alleinige) für Vermögensdispositionen der Bank zugunsten oder zu Lasten des geprüften Unternehmens dient. Dann ist die Frage aber genauso wie im Fall der freiwilligen Abschlußprüfung unter Berücksichtigung des Einlegerschutzzwecks des § 18 KWG zu beantworten.

Die Argumentation von *Lang*⁶³, infolge der Nichtbeziehung der Dritthaftung bei der Transformation des § 168 AktG in § 323 HGB im Rahmen des Bilanzrichtliniengesetzes vom 19. Dezember 1985 läge eine aktuelle Stellungnahme des Gesetzgebers vor, die eine richterliche Rechtsfortbildung verbiete, ist nicht überzeugend. Im Gesetzgebungsverfahren wurde die Thematik einer gesetzlichen Haftung des Abschlußprüfers gegenüber Dritten nicht einmal erwähnt. Aber

auch die Argumentation von *Ebke/Scheel*⁶⁴ und *Adler/Düring/Schmaltz*⁶⁵, wonach § 323 HGB wegen der Einbeziehung von verbundenen Unternehmen als möglichen Haftungsgläubigern für den Bereich der Pflichtprüfung eine abschließende Regelung der Dritthaftung enthalte, ist nicht tragfähig. § 323 HGB enthält vielmehr bei näherem Hinsehen keinerlei Regelung einer Haftung des Abschlußprüfers gegenüber Dritten.

Der Gesetzgeber hat in § 323 HGB lediglich die Modalitäten der Haftung gegenüber dem Prüfungsauftraggeber im Rahmen von Konzernverhältnissen geregelt. Der Umstand, daß auch die Haftung gegenüber verbundenen Unternehmen (§§ 271 Abs. 2, 290 HGB), falls diese geschädigt sind, mitgeregelt ist, beinhaltet keine Konstituierung einer Haftung gegenüber prüfungsvertragsfremden Dritten. In Konzernverhältnissen ist „wirtschaftlicher Prüfungsauftraggeber“ die Muttergesellschaft als zuständiges Prüferwahlorgan (§ 318 Abs. 1 Satz 1 HGB), wohingegen dem Abschluß des Prüfungsvertrages durch die gesetzlichen Vertreter der Tochtergesellschaft (§ 318 Abs. 1 Satz 4 HGB) i.d.R. nur noch formelle Bedeutung zukommt. Daß die Muttergesellschaft mit der Geltendmachung eines bei ihr eingetretenen, vom Prüfer verschuldeten Schadens nicht deswegen ausgeschlossen sein kann, weil der von ihr ausgewählte Prüfer seinen Auftrag formal von dem – insoweit lediglich als ausführendes Organ ohne eigene Entscheidungskompetenz handelnden – Management der Tochtergesellschaft gegenzeichnen läßt, ist nur konsequent. Die Muttergesellschaft ist hier nicht „Dritter“, sondern der eigentliche Prüfungsauftraggeber. Handelt es sich bei dem geschädigten, verbundenen Unternehmen dagegen um eine Tochtergesellschaft des Prüfungsauftraggebers, liegt mittelbar immer auch ein Schaden des Prüfungsauftraggebers selbst vor (Wertminderung seiner Beteiligung). Für diesen Fall war es naheliegend zu bestimmen, daß die Schadensersatzhaftung trotz fehlender unmittelbarer Vertragsbeziehungen (auch) direkt gegenüber der Tochtergesellschaft und nicht anschließend gegenüber der den Prüfungsauftrag erteilenden Muttergesellschaft, die nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen die Ersatzleistung ohnehin meist an die Tochter weiterleiten müßte, besteht.

⁵⁶ Vgl. LG Mönchengladbach NJW-RR 1991, 415, 416; *Ebke/Scheel*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers für fahrlässig verursachte Vermögensschäden Dritter, WM 1991, 389, 395; *Schmitz*, Die Vertragshaftung des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters gegenüber Dritten, DB 1989, 1909, 1914; *Lang*, Zur Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer, WpG 1989, 57, 58; *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, 4. Aufl. 1965, Bd. 2, § 168 Rdn. 38.

⁵⁷ Vgl. *Claussen*, in: Kölner Komm. z. AktG, § 323 HGB Rdn. 22; *Hopt*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers, Rechtsprobleme zu § 323 HGB (§ 168 AktG a.F.); *Gebler/Hefermehl/Kropff*, Aktiengesetz, Bd. 3, § 168 Rdn. 32; *Brönner*, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, 2. Bd., § 168 Rdn. 10; *Czech*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers gegenüber Dritten, BB 1975, 723 f.; *Heymann/Herrmann*, HGB, Bd. 3, § 323 Rdn. 6; a.A.: *Budde/Hense*, a.a.O. (Fn. 36), § 323 Rdn. 191; *Ebke/Scheel*, a.a.O. (Fn. 56), S. 395.

⁵⁸ Vgl. *Claussen*, in: Kölner Kommentar z. AktG, § 323 HGB Rdn. 3; *Heymann/Herrmann*, HGB, Bd. 3, § 323 Rdn. 6.

⁵⁹ Vgl. *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 5. Aufl., § 323 Rdn. 77, 91; *Lang*, Zur Dritthaftung von Wirtschaftsprüfern, WpG 1989, 57, 58; *Ebke*, JZ 1990, 688, 689; *Ebke/Scheel*, a.a.O. (Fn. 56), S. 395; *Budde/Hense*, a.a.O. (Fn. 36), § 323 Rdn. 191.

⁶⁰ Wie hier insbesondere *Claussen*, a.a.O. (Fn. 58), § 323 Rdn. 22.

⁶¹ BGH WM 1987, 257 = WuB I D 3.-3.87 *Gößmann* = NJW 1987, 1758, 1759.

⁶² BGH WM 1984, 34 = NJW 1984, 355 = LM § 328 BGB Nr. 75; BGH WM 1985, 450 = NJW-RR 1986, 484 = LM § 328 BGB Nr. 78.

⁶³ *Lang*, a.a.O. (Fn. 59), S. 57, 58.

⁶⁴ *Ebke/Scheel*, a.a.O. (Fn. 56), S. 395.

⁶⁵ *Adler/Düring/Schmaltz*, a.a.O. (Fn. 59), § 323 Rdn. 77, 91.

Gleichgültig, ob es sich bei dem durch den Prüfer geschädigten verbundenen Unternehmen im Sinne von § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB um die Muttergesellschaft oder eine Tochtergesellschaft des Prüfungsauftraggebers handelt: In keinem Falle handelt es sich der Sache nach um eine gesetzliche Regelung der Haftung des Abschlußprüfers gegenüber prüfungsvertragsfremden Dritten⁶⁶, sondern vielmehr um eine den Besonderheiten von Konzernverhältnissen Rechnung tragende Haftung gegenüber dem Prüfungsauftraggeber selbst. Damit fehlt es für die Hypothese einer in § 323 HGB vermeintlich abschließend getroffenen Regelung vertraglicher Dritthaftung des Abschlußprüfers bereits an der hierfür erforderlichen Prämisse: Was nicht geregelt ist, kann auch nicht abschließend geregelt sein. Im Ergebnis kann sich daher eine Haftung des Prüfers gegenüber Dritten auch im Rahmen einer Pflichtprüfung aus dem Prüfungsvertrag ergeben, wenn die besonderen Voraussetzungen gegeben sind, unter denen die Rechtsprechung, bislang bei freiwilligen Abschlußprüfungen, das Vorliegen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bejaht hat⁶⁷.

III. Ansprüche Dritter aus Delikt

1. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. einem Schutzgesetz

Eine deliktische Haftung aufgrund des § 823 BGB wird in der Regel nicht in Betracht kommen. Zum einen hat der Gesetzgeber das Rechtsgut Vermögen nicht im Katalog des § 823 Abs. 1 BGB geschützt. Zum anderen sind Normen wie § 18 KWG oder die §§ 2, 43, 48 WPO von der Rechtsprechung nicht als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anerkannt⁶⁸. Schutzgesetzqualität wird zwar insbesondere Normen des Strafrechts zugesprochen. Typischerweise erfordern diese Straftatbestände aber ein vorsätzliches Fehlverhalten des Abschlußprüfers oder eine besondere Absicht, was nur schwer nachzuweisen sein wird.

2. § 826 BGB

Von der Diskussion um die Reichweite des § 323 HGB ist die Haftungsnorm des § 826 BGB nicht betroffen. Die Beurteilung von Prüfungstestaten von Wirtschaftsprüfern erfolgt nach den gleichen Kriterien, wie sie bei Sachverständigengutachten anzuwenden sind⁶⁹. Die im Sachverständigenbereich entwickelte Rechtsprechung stellt nichts anderes dar, als die Statuierung und Sanktionierung berufs- und rollenbezogener Verkehrspflichten zugunsten fremder Vermögensinteressen⁷⁰.

Haftungsvoraussetzung ist ein sittenwidriges vorsätzliches Handeln. Der Vorsatz braucht sich dabei nur auf den Schadenseintritt zu beziehen. Im Bereich der Wirtschaftsprüferhaftung hat die Rechtsprechung die Merkmale Sittenwidrigkeit und Vorsatz in mehreren Entscheidungen ausgelegt und ausgefüllt⁷¹.

a) Zur Sittenwidrigkeit

Für die Annahme eines Sittenverstößes im Sinne von § 826 BGB hat sich in der Rechtsprechung die Tatbestandsdefinition des „grob leichtfertigen, gewissenlosen Verhaltens“ eingebürgert⁷². Hiervon wird insbe-

sondere bei leichtfertiger Enttäuschung eines besonderen, durch den Beruf begründeten Vertrauens auszugehen sein⁷³. Dies kann z. B. anzunehmen sein, wenn der Abschlußprüfer die zur Durchführung der Prüfung notwendigen Unterlagen nicht mit gebührender Sorgfalt berücksichtigt⁷⁴ oder in wesentlichen Fragen Angaben des geprüften Unternehmens, die nachprüfbar sind, ungeprüft übernommen hat⁷⁵. In der praktischen Konsequenz gehen dabei die Begriffe der groben Leichtfertigkeit und groben Fahrlässigkeit ineinander über, ohne daß eine strikte Abgrenzung möglich erscheint. Das OLG Frankfurt a.M. nahm beispielsweise grobe Leichtfertigkeit in einem Fall an, in welchem ein Steuerberater sein Testat trotz sich aufdrängender erheblicher Zweifel an der Richtigkeit der Buchführung und der Wertansätze nicht eingeschränkt oder auf eine Erweiterung seines Prüfungsauftrages gedrängt hat⁷⁶.

Diese Rechtsprechung wird zwar in bezug auf die deliktische Haftung des Jahresabschlußprüfers in der Literatur zum Teil heftig kritisiert⁷⁷, ist jedoch aufgrund ihrer Orientierung an der ständigen Rechtsprechung zur Auskunftshaftung und zur Haftung für Gutachten und Expertisen⁷⁸ als gefestigt anzusehen. Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit wird seit über 30 Jahren in der ständigen Rechtsprechung nicht als Tatbestandsvoraussetzung angesehen⁷⁹.

Zwar ist einzuräumen, daß zum Vorsatzerfordernis grundsätzlich die Kenntnis („Wissen und Wollen“) der Pflichtwidrigkeit des eigenen Verhaltens gehört⁸⁰. Im Falle der Haftung für Gutachten und Expertisen eines aufgrund seiner herausgehobenen Stellung im Rechtsverkehr besondere Sachkunde und Kompetenz für sich in Anspruch nehmenden Sachverständigen kommt jedoch die Berufung auf eine vermeintliche oder tatsächliche Unkenntnis des die in Anspruch genommene Kompetenz begründenden Fachwissens nur sehr eingeschränkt in Betracht. So wird bei dem Jahresabschlußprüfer grundsätzlich die Kenntnis derjenigen Bilanzierungsvorschriften und Prüfungstechniken zu unterstellen sein, welche das Institut der Wirtschaftsprüfer in den einschlägigen Fachgutachten verlangt (dazu nachstehend 2). Unterstellt man aber das von einem Wirtschaftsprüfer danach zu erwartende

⁶⁶ So aber unzutreffend *Adler/Düring/Schmaltz*, a.a.O. (Fn. 59), § 323 Rdn. 91; *Ebke/Scheel*, a.a.O. (Fn. 56), S. 395.

⁶⁷ Im Ergebnis ebenso *Claussen*, a.a.O. (Fn. 58), § 323 Rdn. 22.

⁶⁸ BGH WM 1966, 1148; OLG Saarbrücken BB 1978, 1434, 1436; LG Mönchengladbach NJW-RR 1991, 415, 417.

⁶⁹ Vgl. *Mertens*, in: MünchKomm., BGB, § 826 Anm. 180, 181, m.w.N.

⁷⁰ Vgl. *Mertens*, a.a.O. (Fn. 69); *Brandner*, Berufshaftung und Versicherung der Wirtschaftsprüfer, JZ 1985, 757, 760.

⁷¹ Vgl. OLG Frankfurt a.M. WM 1989, 1618 f.; BGH WM 1987, 257 = NJW 1987, 1758 ff.; BGH WM 1985, 1531, 1533 = WuB IV A. § 676 BGB 2.86 *Frisinger*; OLG Karlsruhe WM 1985, 940 = ZIP 1985, 409, 412; LG Karlsruhe ZIP 1982, 1098, 1099; OLG Oldenburg VersR 1981, 88; BGH WM 1979, 326, BGH MDR 1953, 29.

⁷² Vgl. BGH WM 1987, 257 = NJW 1987, 1758; OLG Hamm a.a.O.; BGH WM 1985, 1531, 1533 m.w.N.; BGH NJW 1986, 180, 181; OLG Karlsruhe WM 1985, 94 = ZIP 1985, 409, 412; LG Karlsruhe ZIP 1982, 1098, 1099; OLG Oldenburg VersR 1981, 88; BGH WM 1979, 326, BGH MDR 1957, 29.

⁷³ Vgl. BGH MDR 1957, 29, 30; LG Karlsruhe ZIP 1982, 1098, 1100; OLG Karlsruhe WM 1985, 940 = ZIP 1985, 409, 412.

⁷⁴ Vgl. auch *Czech*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers gegenüber Dritten, BB 1975, 723, 726.

⁷⁵ Vgl. *Geßler/Hefermehl/Kropff*, Aktiengesetz, § 168 Rdn. 37; *Quick*, Die Haftung des handelsrechtlichen Abschlußprüfers, BB 1992, 1675, 1680; *Adler/Düring/Schmaltz*, a.a.O. (Fn. 59), § 323 HGB Rdn. 88.

⁷⁶ OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 20. September 1988 = WM 1989, 1618.

⁷⁷ Vgl. *Ebke/Scheel*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers für fahrlässig verursachte Vermögensschäden Dritter, WM 1991, 389, 390; *Quick*, a.a.O. (Fn. 75), 1675, 1680.

⁷⁸ Vgl. MünchKomm./*Mertens*, a.a.O. (Fn. 69), Rdn. 175 m.w.N.

⁷⁹ Vgl. schon BGH MDR 1957, 29, BGHZ 10, 228, 233.

⁸⁰ So z. B. *Budde/Hense*, a.a.O. (Fn. 56), § 323 Rdn. 184.

Fachwissen, wird sich bei dessen Nichtbeachtung im Rahmen einer Abschlußprüfung die Kenntnis der Pflichtwidrigkeit in vielen Fällen von selbst ergeben. Andererseits genügt im Rahmen einer Haftung nach § 826 BGB aber nicht jede Pflichtwidrigkeit⁸¹. Zur Erfüllung der qualifizierten Anforderungen des § 826 BGB wird vielmehr zu verlangen sein, daß dem Pflichtverstoß im Hinblick auf die hieraus folgenden Konsequenzen für Jahresabschluß und Testat ein besonderes Gewicht zukommt.

b) Zum Schadensvorsatz

Für die Haftung gemäß § 826 BGB genügt bedingter Vorsatz⁸². Dieser liegt bereits dann vor, wenn der Auskunftgeber mit der Möglichkeit rechnet, daß der hierauf Vertrauende durch sein Verhalten geschädigt werden konnte und er dieses Ergebnis billigend in Kauf nahm⁸³. Für die Haftung von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern bedeutet dies, daß die Vorstellung ausreicht, der Abschluß könne bei Verhandlungen mit einem Geldgeber verwandt werden und diesen zu einer ihm nachteiligen Disposition veranlassen⁸⁴. Um dies auszuschließen, müssen positive Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Empfänger die Bilanz (nur) für eigene Zwecke verwendet⁸⁵. Es kommt also nicht mehr darauf an, Ob der Auftraggeber dem Wirtschaftsprüfer mitteilt, er werde das Testat an Dritte weitergeben. Der Bundesgerichtshof hat, wie schon ausgeführt, darauf abgestellt, daß testierte Abschlüsse

im Geschäftsverkehr zwischen Kreditnehmern und Banken schon deswegen benötigt werden, weil die Banken vom Bundesaufsichtsamt gem. § 18 KWG angehalten werden, von den Kreditnehmern testierte Jahresabschlüsse zu verlangen. Es unterliege daher der trichterlichen Beurteilung, inwieweit diese Praxis den beklagten Abschlußprüfern bekannt war und inwieweit sie deshalb mit der Möglichkeit der Vorlage des Abschlusses bei einer Bank rechneten⁸⁶. Die Kenntnis des § 18 KWG dürfte jedoch bei Wirtschaftsprüfern allgemein zu unterstellen sein. Unabhängig hiervon kann zusätzlich auch aus einem besonders leichtfertigen Verhalten auf bedingten Vorsatz zur Schadenszufügung geschlossen werden⁸⁷.

(wird fortgesetzt)

⁸¹ BGH WM 1991, 2034 = WuB IV A. § 826 BGB 2.92 Broß = NJW 1991, 3282, 3283.

⁸² Vgl. BGH WM 1985, 1531 = WuB IV A. § 676 BGB 2.86 Friesinger = NJW 1986, 182; WM 1972, 466 = NJW 1972 678, 680; BGH WM 1977, 59; Adler/Düring/Schmaltz, a.a.O. (Fn. 59), § 323 HGB Rdn. 89.

⁸³ Vgl. BGH WM 1985, 1531 = WuB IV A. § 676 BGB 2.86 Friesinger = NJW 1986, 181; BGH WM 1987, 257 = WuB I D 3.-3.87 Gößmann = NJW 1987, 1758; OLG Frankfurt a. M. WM 1989, 1618, 1620 = WuB IV A. § 826 BGB 2.90 Sturmhoebel.

⁸⁴ Vgl. OLG Frankfurt a.M. a.a.O. (Fn. 83); BGH WM 1987, 257 = WuB I D 3.-3.87 Gößmann = NJW 1987, 1758, 1759.

⁸⁵ Vgl. OLG Frankfurt a. M. WM 1989, 1618, 1620 = WuB IV A. § 826 BGB 2.90 Sturmhoebel; BGH WM 1987, 257 = WuB I D 3.-3.87 Gößmann = NJW 1987, 1758, 1759; Hopt, Dritthaftung für Testate, NJW 1987, 1745, 1746.

⁸⁶ Vgl. BGH WM 1987, 257 = WuB I D 3.-3.87 Gößmann = NJW 1987, 1758, 1759.

⁸⁷ Vgl. BGH WM 1986, 906 = WuB IV A. § 1287 BGB 1.86 Stürmer/Münch.

Die Haftung des Jahresabschlußprüfers gegenüber Kreditinstituten

– Teil II* –

Von Dr. Hans-Jochen Otto, Rechtsanwalt/Steuerberater, Stuttgart, und
Dr. Jochen Mittag, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Vertragliche und quasivertragliche Ansprüche
 1. Dritthaftung bei freiwilliger Abschlußprüfung
 - a) Haftungsausschluß durch analoge Anwendung von § 323 Abs. 1 HGB?
 - b) Auskunftsvertrag
 - c) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
 2. Dritthaftung bei Pflichtprüfungen
- III. Ansprüche Dritter aus Delikt
 1. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz
 2. § 826 BGB
 - a) Zur Sittenwidrigkeit
 - b) Zum Schadensvorsatz
- IV. Zur Haftung für Hilfspersonen
- V. Pflichtwidriges Handeln des Abschlußprüfers
 1. Ausgangslage
 2. Pflichtwidrige (uneingeschränkte) Testaterteilung für einen bei pflichtgemäßer Prüfung erkennbar fehlerhaften Jahresabschluß
 - a) Vom Prüfer zu beachtende Vorschriften
 - b) Bilanz/GuV sind vom geprüften Unternehmen unter Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen aufgestellt
 - c) Bilanz/GuV sind in Einklang mit gesetzlichen Bestimmungen erstellt, gesetzliche Berichtspflichten (Anhang) jedoch nicht beachtet
 3. Pflichtwidrige Berichterstattung in dem (den Kreditgebern zugeleiteten) Prüfungsbericht
 - a) Berichtspflichten nach § 321 Abs. 2 HGB und § 321 Abs. 1 S. 4 HGB
 - b) Freiwillige Abschlußprüfung
 - c) Eventuell haftungsausschließende Wirkung des Prüfungsberichts bei pflichtwidriger Testaterteilung
 4. Wortlaut des Testates
- VI. Kausalitätsfragen
- VII. Summenmäßige Haftungsbeschränkungen, Einwand des Mitverschuldens des geprüften Unternehmens
 1. Deliktische Anspruchsgrundlagen
 2. Vertragliche Anspruchsgrundlagen
 - a) Auskunftsvertrag
 - b) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

IV. Zur Haftung für Hilfspersonen

Abschlußprüfer haften auch für sittenwidriges Verhalten ihrer Gehilfen gem. § 831 BGB, wobei jedoch die Exkulpationsmöglichkeit im Ergebnis regelmäßig zu einem Haftungsausschluß führen wird. Ohne Entlastungsmöglichkeit haftet eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH bzw. AG jedoch für sittenwidriges Handeln ihres Vorstands oder anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter gem. §§ 30, 31, 89 Abs. 1 BGB⁸⁶.

Der Begriff des verfassungsmäßig berufenen Vertreters wird von der Rechtsprechung weit ausgelegt. Es ist nicht erforderlich, daß die Tätigkeit des Vertreters

in der Satzung vorgesehen ist. Er braucht auch keine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht zu besitzen. Es genügt, daß dem Vertreter durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind und er die juristische Person insoweit repräsentiert⁸⁹. Entsprechend hat sich die Repräsentantenhaftung z. B. auf Filialleiter und die Leiter weitgehend

* Fortsetzung aus WM 1996, 333.

⁸⁶ Vgl. MünchKomm/Mertens, a.a.O. (Fn. 69), Rdn. 79; Palandt/Thomas, BGB, 51. Aufl., § 831 Rdn. 4.

⁸⁹ Vgl. BGHZ 49, 19, 21 = WM 1965, 35.

selbständiger Funktionen ausgedehnt⁹⁰. Daß die in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien der Repräsentantenhaftung auch auf Wirtschaftsprüfer zutreffen, kann angesichts des § 43 WPO keinem Zweifel unterliegen.

Demgemäß wird eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft auch für sittenwidriges Handeln der an den maßgeblichen Prüfungshandlungen beteiligten, insbesondere das Testat ausstellenden Wirtschaftsprüfer einstehen müssen, gleich ob diese gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnisse besitzen.

V. Pflichtwidriges Handeln des Abschlußprüfers

1. Ausgangslage

In den hier relevanten Fällen wird es regelmäßig darum gehen, daß mit dem vom Unternehmen erstellten Jahresabschluß eine beginnende oder tatsächlich bereits eingetretene Unternehmenskrise gegenüber den kreditgebenden Banken verschleiert werden soll. Hier sind zwei unterschiedliche, aus Sicht des Unternehmens in Betracht kommende Vorgehensweisen zu unterscheiden:

Zum einen kann die Bilanz durch schlichten Verstoß gegen zwingende Bilanzierungsvorschriften verfälscht werden, z. B. indem zweifelhafte Forderungen oder ungängige Vorräte unter Verstoß gegen das Niederstwertprinzip nicht oder nicht ausreichend wertberichtigt werden, Forderungen unter Verstoß gegen das Realisationsprinzip (z. B. trotz noch nicht erfolgter Auslieferung der Waren) ausgewiesen werden etc. (dazu nachstehend 2 b). Zum anderen kann eine „Schönung“ der Bilanz aber auch wirkungsvoll unter Ausnutzung an sich gesetzlich zulässiger Bewertungsspielräume erreicht werden; in diesen Fällen wird es sich regelmäßig um eine ergebnissteigernde Änderung der bislang angewandten Bewertungsmethoden handeln. Insoweit ist zu unterscheiden zwischen der Vereinbarkeit eines solchen Bewertungswechsels mit dem in § 252 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. Abs. 2 HGB niedergelegten Grundsatz der Bewertungsstetigkeit und – sollte diese zu bejahen sein – der diesbezüglichen Pflicht zur Berichterstattung im Anhang des Jahresabschlusses gem. § 284 Abs. 2 Ziff. 3 HGB (dazu nachstehend 2 c). Die Prüfungspflichten des Abschlußprüfers beziehen sich vor diesem Hintergrund nicht nur auf die Aufdeckung und Verhinderung (durch Testatverweigerung oder Einschränkung des Testates) von gesetzlich unzulässigen Bilanzansätzen, sondern nicht zuletzt auch auf die Einhaltung der vom HGB zwingend vorgeschriebenen Berichterstattungspflicht im Bilanzanhang über zulässigerweise vorgenommene Bewertungswechsel und deren Auswirkungen auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage. Diese Erläuterungspflicht ist um so bedeutsamer als derartige – häufig ein erstes Krisensignal darstellende – Bewertungswechsel ohne Offenlegung selbst für den geübtesten Bilanzanalysten kaum erkennbar sind und dadurch ein effizientes Mittel zur Verschleierung eines Ertragseinbruches oder Verlustes darstellen.

Schließlich ist von den dem Abschlußprüfer obliegenden Pflichten auch die Einhaltung der Grundsätze ordnungsmäßiger Berichterstattung in dem von ihm zu erstellenden Prüfungsbericht umfaßt (dazu nachstehend 3).

2. Pflichtwidrige (uneingeschränkte) Testaterteilung für einen bei pflichtgemäßer Prüfung erkennbar fehlerhaften Jahresabschluß

a) Vom Prüfer zu beachtende Vorschriften

Die Prüfungspflicht des Abschlußprüfers bezieht sich auf die Einhaltung der für die Rechnungslegung geltenden gesetzlichen Vorschriften, nämlich insbesondere die Vorschriften des HGB über Buchführung und Inventar, Bilanzierung und Bewertung, die Gliederung des Jahresabschlusses sowie die Angaben im Anhang und im Lagebericht. Ferner sind ebenfalls wirtschaftszweigspezifische Vorschriften zu beachten. Schließlich ist bei Kapitalgesellschaften zu prüfen, ob der Jahresabschluß unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermittelt (§ 264 Abs. 2 HGB)⁹¹.

Darüber hinaus hat der Prüfer die von den Fachausschüssen des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IdW) abgegebenen Fachgutachten, Stellungnahmen und sonstigen Verlautbarungen zu beachten. Insbesondere sind hinsichtlich der Art und Weise der Prüfungsdurchführung die in dem Fachgutachten 1/1988 (FG 1/1988) niedergelegten „Grundsätze ordnungsmäßiger Durchführung von Abschlußprüfungen“ einzuhalten. In diesem Fachgutachten wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Nichtbeachtung der von dem IdW in Fachgutachten oder sonstigen Stellungnahmen aufgestellten Grundsätze oder die Duldung von deren Nichtbeachtung durch das geprüfte Unternehmen (z. B. ohne entsprechenden Hinweis im Prüfungsbericht bzw. ohne Ergänzungen, Einschränkungen oder Versagung des Testats) dazu führt, daß dies „in Regelfällen, in einem Verfahren der Berufsaufsicht oder in einem Strafverfahren (§ 332 Abs. 1 HGB) zu seinem Nachteil ausgelegt werden kann“⁹².

b) Bilanz/GuV sind vom geprüften Unternehmen unter Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen aufgestellt

Typische Verstöße gegen zwingende Bilanzierungsvorschriften mit dem Ziel der Verschleierung eines eingetretenen Verlustes bzw. des Ausweises tatsächlich nicht erzielter Gewinne betreffen erfahrungsgemäß insbesondere folgende Tatbestände, ohne daß allerdings diese Aufzählung auch nur annähernd vollständig sein könnte.

- Unterlassene Vornahme erforderlicher Gängigkeitsabschläge auf den Warenbestand (Verstoß gegen das Niederstwertprinzip⁹³) wegen langer Lagerdauer, technischer Wertminderung etc.;
- fehlerhafte Vorratsinventur (Erfassung nicht vorhandener Warenbestände); zur Teilnahme und Überwachungspflicht des WP bei der körperlichen Bestandsaufnahme vgl. FG 1/1988 (D II 4 b);
- gewinnerhöhende Einbuchung von Forderungen trotz Nichtauslieferung der Waren vor dem Bilanz-

⁹⁰ Vgl. MünchKomm/Reuter, BGB, 3. Aufl., § 31 Rdn. 3 m.w.N.

⁹¹ Vgl. Fachgutachten (FG 1/1988 (CI-IV)) des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IdW).

⁹² So FG 1/1988 (C IV 1).

⁹³ § 253 Abs. 3 Satz 1 u. 2 HGB.

stichtag (Verstoß gegen das Realisationsprinzip⁹⁴; Forderungsausweis erst nach Gefahrübergang auf den Abnehmer zulässig⁹⁵). Erforderliche Prüfungsmaßnahmen: insbes. Einholung von Saldenbestätigungen unter Beachtung der detaillierten Vorgaben in FG 1/1988 (D II 4 c);

- Unterlassung von gebotenen Einzel- und/oder Pauschalwertberichtigungen des Forderungsbestandes bzgl. zweifelhafter⁹⁶ oder uneinbringlicher Forderungen; Unterdotierung der Prozeßkostenrückstellung zwecks Verschleierung des tatsächlichen Umfangs strittiger Forderungen;
- Verstoß gegen den Grundsatz der verlustfreien Bewertung bei Anwendung der Methode retrograder Vorratsbewertung⁹⁷ (Ableitung des den Vorräten am Stichtag beizulegenden Wertes aus einem – überhöht angesetzten – nach dem Stichtag voraussichtlich erzielbaren Verkaufserlös abzgl. – zu niedrig angesetzter – noch anfallender anteiliger Kosten);
- Verstoß gegen die in bezug auf die Zulässigkeit von Teilgewinnrealisierungen bei langfristiger Fertigung⁹⁸ (Bauindustrie, Großanlagenbau) nach herrschender Meinung zu beachtenden, restriktiven Grundsätze und Berichtspflichten;
- unterlassene Bildung erforderlicher Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten und insbesondere für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften⁹⁹ (z. B. wegen vorhersehbaren Kostensteigerungen, Wechselkursänderungen) und Dauer-schuldverhältnissen.

Bei ordnungsgemäßer Durchführung der Abschlußprüfung werden dem Prüfer eklatante Verstöße gegen zwingende Bilanzierungsvorschriften normalerweise nicht verborgen bleiben. Etwas anderes mag dann gelten, wenn die Geschäftsleitung des zu prüfenden Unternehmens den Abschlußprüfer bewußt täuscht, z. B. durch Vorlage gefälschter oder irreführender oder falscher Unterlagen, Erteilung irreführender oder falscher Auskünfte etc. Erfahrungsgemäß berufen sich Abschlußprüfer in gegen sie geführten Haftungsprozessen aber kaum einmal auf eine bewußte Täuschung seitens ihres Auftraggebers. Dies mag damit zusammenhängen, daß hiermit zugleich ein straf- oder haftungsrechtlich relevanter Vorwurf erhoben würde, was für den Abschlußprüfer das Risiko beinhaltet, daß seitens der Geschäftsleitung des geprüften Unternehmens „im Gegenzuge“ für den Prüfer nachteilige Aussagen gemacht werden könnten.

- c) Bilanz/GuV sind in Einklang mit gesetzlichen Bestimmungen erstellt, gesetzliche Berichtspflichten (Anhang) jedoch nicht beachtet

Wie schon ausgeführt, wird es aus Sicht des Unternehmens häufig naheliegen, gerade zu Beginn einer krisenhaften Entwicklung zum Mittel der Ausnutzung gesetzlich zulässiger Bewertungsspielräume zu greifen. Effektive Verstöße gegen zwingendes Bilanzrecht (insbesondere Niederstwertprinzip, Realisationsprinzip und Imparitätsprinzip) werden dagegen häufig erst in der zweiten Stufe erwogen, wenn sämtliche zulässigen Bewertungsspielräume ausgeschöpft sind. Die Zulässigkeit von Bewertungsänderungen muß sich jedoch zunächst am – zwingenden – Grundsatz der Bewertungsstetigkeit (§ 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB) messen

lassen, da hiervon gem. § 252 Abs. 2 HGB „nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden“ darf. Hierzu ist im einzelnen manches streitig¹⁰⁰. Unstreitig dürfte jedoch sein, daß eine Durchbrechung der Bewertungsstetigkeit zur Verschleierung eines tatsächlich eingetretenen Ertragseinbruchs keinesfalls zulässig ist¹⁰¹.

Aus Sicht der kreditgebenden Bank wird die Frage der Zulässigkeit einer Abweichung vom Grundsatz der Bewertungsstetigkeit dagegen weniger im Vordergrund stehen. Für die Bank ist viel entscheidender, ob das Unternehmen, wie § 284 Abs. 2 Ziff. 3 HGB für Kapitalgesellschaften zwingend vorschreibt, im Anhang auf die Bewertungsänderung hinweist und deren Auswirkungen auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage präzise erläutert. Die Banken können anhand einer solchen, pflichtgemäßen Berichterstattung selbst eine „berichtigte“ Bilanz für interne Zwecke erstellen und ihr Kreditrisiko zutreffend einschätzen.

Für den Abschlußprüfer ist eine von ihm unbeanstandet gebliebene Nichteinhaltung dieser Grundsätze durch das geprüfte Unternehmen im Falle einer sich abzeichnenden Krise besonders haftungsträchtig. Seitens des Unternehmens vorgenommene Bewertungsänderungen können ihm bei ordnungsgemäßer Prüfung schlechterdings nicht verborgen bleiben und für eine Nichtbeanstandung der Verletzung der Berichterstattungspflicht im Bilanzanhang gibt es kaum eine denkbare Exkulpation, zumal der Prüfer im Prüfungsbericht Bewertungsänderungen zu erläutern und darzulegen hat, ob der Stetigkeitsgrundsatz berechtigtweise durchbrochen wurde¹⁰².

Typische, in der Praxis anzutreffende Fälle der Bewertungsänderung zum Zwecke der „Glättung“ von Verlusten bzw. Ertragseinbrüchen sind insbesondere:

- Übergang von degressiver auf lineare Abschreibung oder Verlängerung der für die Abschreibungsprozentsätze maßgeblichen, anzunehmenden Nutzungsdauer von Wirtschaftsgütern;
- erstmalige Einbeziehung von Verwaltungskosten und/oder Fremdkapitalzinsen und/oder Fertigungs- und Materialgemeinkosten in die Herstellungskosten bei produzierenden Unternehmen¹⁰³

⁹⁴ § 252 Abs. 1 Nr. 4 (2. Halbs.) HGB.

⁹⁵ Vgl. *Sarx/Pankow*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, 3. Aufl. 1995, § 247 Rdn. 82; hierbei handelt es sich in erster Linie um den Gefahrübergang durch Versendung (§ 447 BGB) oder sonstige Übergabe (§ 446 BGB) der Ware, wogegen ein bloß vereinbarter Gefahrübergang in bezug auf noch nicht ausgelieferte, noch beim Verkäufer lagernde Ware aus Vorsichtsgründen nicht zur Gewinnrealisierung berechtigt, vgl. BFH BStBl. 1986 II, S. 552 und *Sarx/Pankow*, a.a.O., Rdn. 85.

⁹⁶ Vgl. zu dem Grunde nach bestrittenen Forderungen (z. B. auf Schadensersatz, aus ungerechtfertigter Bereicherung etc.) BFH DB 1989, 1949, wonach deren Ansatz erst dann zulässig ist, wenn diese anerkannt worden oder hierüber rechtskräftig entschieden ist; eine bloße Wertberichtigung der Forderungshöhe reicht – anders als bei Forderungen aus Lieferungen und Leistungen (hierzu *Sarx*, Beck'scher Bilanzkommentar, a.a.O. (Fn. 95), § 253 Rdn. 569 ff.) – nicht aus.

⁹⁷ Vgl. *Adler/Düring/Schmaltz*, a.a.O. (Fn. 59), § 253 HGB Rdn. 452, 480 ff., *Sarx* a.a.O. (Fn. 95), § 253 Rdn. 521 ff., 545.

⁹⁸ Vgl. *Forster*, in: Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, B 700 (dort auch zu den Anforderungen an die Berichterstattung im Anhang nach § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB).

⁹⁹ Vgl. *Adler/Düring/Schmaltz*, a.a.O. (Fn. 59), § 253 HGB Rdn. 209 ff.

¹⁰⁰ Vgl. z. B. *Budde/Geißler*, in: Beck'scher Bilanzkommentar a.a.O. (Fn. 95), § 252 Rdn. 59 ff. m.w.N.

¹⁰¹ So *Küttling*, „Undurchsichtige Bilanzen“, in: Blick durch die Wirtschaft vom 1. November 1995, S. 7.

¹⁰² So FG 2/1988, Grundsätze ordnungsmäßiger Berichterstattung bei Abschlußprüfungen (C III 3).

¹⁰³ Nach § 255 Abs. 2 Satz 3 und 4 HGB i. V. m. Abschn. 33 Abs. 5 EStR besteht ein handels- und steuerrechtliches Wahlrecht, Gemeinkostenbestandteile in die Herstellungskosten einzubeziehen; Zinsen für Fremdkapital dürfen (Wahlrecht) im Rahmen von § 255 Abs. 3 Satz 2 HGB in die Herstellungskosten eingerechnet werden.

(Effekt: Minderung des Aufwandes durch teilweise Einbeziehung originärer Aufwandspositionen in die – erfolgsneutral zu aktivierenden – Herstellungskosten; ein solcher Bewertungswechsel bewirkt eine vorgezogene Aufbesserung der GuV, die zu einem späteren Zeitpunkt durch einen – wegen der erhöhten Einstandskosten – niedrigeren Warenveräußerungsgewinn „bezahlt“ wird);

- Aufgabe des Lifo-Verfahrens¹⁰⁴;
- Änderung der Währungsumrechnung;
- Änderungen von Konsolidierungsmethoden (insbesondere Kapitalkonsolidierung);
- kommentarlose Änderung der Bilanzgliederung und des Inhaltes der einzelnen Bilanzposten (Abweichung von der sog. formellen Bilanzkontinuität) unter Verstoß gegen die Berichterstattungspflicht im Anhang gem. § 265 Abs. 1 Satz 2 HGB.

3. Pflichtwidrige Berichterstattung in dem (den Kreditgebern zugeleiteten) Prüfungsbericht

Neben der Frage, ob dem Abschlußprüfer pflichtwidriges Verhalten wegen uneingeschränkter Testaterteilung für einen den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechenden Jahresabschluß zur Last zu legen ist, kommt auch dem vom Prüfer regelmäßig zu erstellenden Prüfungsbericht selbständige Haftungsrelevanz zu. Dies ergibt sich aus dem Umstand, daß sich die kreditgebenden Banken in der Praxis nicht etwa mit der bloßen Überlassung des testierten Jahresabschlusses durch das Unternehmen zufrieden geben, sondern zumeist auch auf der Überlassung des vollständigen Prüfungsberichtes bestehen. Den Abschlußprüfern ist diese Handhabung bekannt, weshalb oft der Prüfungsbericht abhängig von der Zahl der Kreditgeber in vielfacher Ausfertigung erstellt wird.

Selbständige, über die Frage der eventuellen Pflichtwidrigkeit der Testaterteilung hinausgehende Bedeutung kommt dem Prüfungsbericht insbesondere wie folgt zu:

a) Berichtspflichten nach § 321 Abs. 2 HGB und § 321 Abs. 1 Satz 4 HGB

Nach § 321 Abs. 2 HGB hat der Abschlußprüfer im Prüfungsbericht auf eine drohende Bestandsgefährdung des Unternehmens hinzuweisen. Bedeutsam ist, daß diese Redepflicht sich keineswegs nur auf Umstände bezieht, die etwa im geprüften Jahresabschluß ihren Niederschlag hätten finden müssen. Berichtspflichtig sind vielmehr auch Tatsachen, die erst nach dem Abschlußstichtag eingetreten sind¹⁰⁵. Zusätzlich ist gem. § 321 Abs. 1 Satz 4 HGB auch unabhängig von einer drohenden Bestandsgefährdung über etwaige nachteilige Veränderungen der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage gegenüber dem Vorjahr zu berichten. Hier wird es sich im Regelfall um Bilanzpositionen des Vorjahresabschlusses handeln, die sich im geprüften Jahresabschluß nachteilig verändert haben (z. B. Rückstellung für drohende Verluste); jedoch können zu den nachteiligen Veränderungen auch solche gehören, die sich nicht in der Bilanz niedergeschlagen haben (z. B. Veränderungen zwischen Abschlußstichtag und Beendigung der Prüfung, im Rahmen der Prüfung erkennbare Wertverluste bei stillen Reserven¹⁰⁶).

Haftungsrisiken für den Abschlußprüfer können sich danach also selbst bei ordnungsmäßiger Erteilung eines uneingeschränkten Testates für den geprüften Abschluß dann ergeben, wenn die Berichterstattungspflichtigen nach vorgenannten Bestimmungen nicht beachtet werden. Regelmäßig wird dieser Aspekt Bedeutung erlangen, wenn das Unternehmen kurze Zeit nach Erteilung des uneingeschränkten Testates Konkurs- oder Vergleichsantrag stellt.

b) Freiwillige Abschlußprüfung

Die vorstehend zu 2 c) angesprochenen Berichtspflichten des Unternehmens im Bilanzanhang betreffend während des Geschäftsjahres vorgenommener Bewertungsänderungen bestehen nur bei prüfungspflichtigen Kapitalgesellschaften, nicht jedoch bei Personengesellschaften (z. B. GmbH & Co.), die ihren Jahresabschluß freiwillig prüfen lassen. Insoweit kommt dem Prüfungsbericht des Abschlußprüfers eine gesteigerte Bedeutung zu, da die erforderlichen Angaben über die Ausübung von Ansatz- und Bewertungswahlrechten auch in diesem Fall zwingend im Prüfungsbericht gemacht werden müssen¹⁰⁷. Sofern ein dem § 322 Abs. 1 HGB nachgebildeter Bestätigungsvermerk erteilt werden soll, kann hierauf auch nicht durch Vereinbarung mit dem Prüfungsauftraggeber verzichtet werden.

c) Eventuell haftungsausschließende Wirkung des Prüfungsberichts bei pflichtwidriger Testaterteilung

Unter Umständen kann der Abschlußprüfer durch vollständige und umfassende Berichterstattung im Prüfungsbericht aber auch eine andernfalls bestehende Haftung wegen pflichtwidriger Erteilung eines uneingeschränkten Testates ausschließen. Dies kommt dann in Betracht, wenn das geprüfte Unternehmen in einer für den Prüfer erkennbaren Weise Bilanzierungsvorschriften verletzt hat, ohne daß dies zu einer Einschränkung des Testates geführt hat, der Prüfer den zugrundeliegenden Sachverhalt im Prüfungsbericht jedoch umfassend erläutert. Ist auf diese Weise die Gewinnauswirkung bestimmter, an sich unzulässiger Bilanzpositionen (z. B. in unzulässigem Umfang vorgenommene Teilgewinnrealisierungen bei langfristiger Fertigung) ausreichend dokumentiert, wird dies die Haftung des Abschlußprüfers gegenüber den Empfängern dieses Prüfungsberichtes ausschließen. Denn haftungsbegründend ist nicht die Pflichtwidrigkeit eines erteilten Testates als solche, sondern der hier-

¹⁰⁴ Das sog. „last in-first out“-Verfahren impliziert, daß die zuletzt angeschafften Vorratsgegenstände zuerst verbraucht oder veräußert werden. Bei steigenden Preisen wird so der Verbrauch/Abgang mit zeitnahen Einstandspreisen aufwendswirksam, so daß sich der Ausweis von Scheingewinnen weitgehend vermeiden läßt, vgl. z. B. *Förschle/Kropp*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, a.a.O. (Fn. 95), § 256 Rdn. 41. Die Aufgabe dieser Bewertungsmethode führt daher regelmäßig zu einem erhöhten Gewinnausweis.

¹⁰⁵ Vgl. FG 2/1988, (C V2); *Plendl*, Die Berichterstattung des Abschlußprüfers, 1990, S. 69; *Budde/Kunz*, Beck'scher Bilanzkommentar, § 321 Rdn. 90; als Beispiele für eine Berichtspflicht werden u. a. angeführt: nicht kostendeckende Fertigung, nachhaltige Preisveränderungen im Beschaffungs- und Absatzbereich, Ausfall großer Forderungen durch Insolvenz des Kunden, Anzeichen für eine Fehlplanung von größeren Investitionen etc., vgl. *Budde/Kunz*, a.a.O., Rdn. 93 m.w.N.

¹⁰⁶ FG 2/1988 (C IV 3); ausführlich hierzu *Plendl*, a.a.O. (Fn. 105), S. 66 ff.

¹⁰⁷ FG 2/1988 (E I 1, 2).

durch beim Bilanzleser erzeugte Irrtum über den Inhalt der in der Bilanz getroffenen Aussage über die Finanzverfassung des Unternehmens. Ein solcher Irrtum kann u. U. auch bei gesetzwidriger Bilanzierung durch ausführliche Berichterstattung vermieden werden.

4. Wortlaut des Testates

Umfassende Anforderungen an die Ordnungsmäßigkeit der Jahresabschlußprüfung im Sinne der vorstehenden Ausführungen ergeben sich nur dann, wenn der Prüfer – wie regelmäßig der Fall – den für Prüfungen von Jahresabschlüssen von Kapitalgesellschaften gesetzlich vorgeschriebenen Wortlaut des uneingeschränkten Bestätigungsvermerks (Kernfassung) gem. § 322 Abs. 1 HGB verwendet. Ist dies dagegen, z. B. außerhalb von Pflichtprüfungen, nicht der Fall und wird lediglich bestätigt, daß die Bilanz auf der Grundlage von ungeprüft vom Prüfungsauftraggeber übernommenen Angaben und Unterlagen ordnungsgemäß ist, ist die Verantwortlichkeit des Prüfers weitgehend eingeschränkt. In einem solchen Fall bezieht sich die Haftung lediglich auf die formelle, nicht aber die materielle Ordnungsmäßigkeit des Jahresabschlusses¹⁰⁸. Im Normalfall werden sich Kreditgeber mit solchen Prüfungsvermerken, außer vielleicht im Falle kleiner Unternehmen, kaum zufriedengeben, zumal dies auch nicht den Anforderungen von § 18 KWG entsprechen dürfte. Es handelt sich in solchen Fällen nicht um Bestätigungsvermerke im eigentlichen Sinne, sondern um bloße „Bescheinigungen“¹⁰⁹, die je nach Art der Einschränkung der Prüfungstätigkeit den unterschiedlichsten Inhalt haben können.

VI. Kausalitätsfragen

Nicht jede Fehlerhaftigkeit des Abschlusses kann im Sinne eines adäquat kausalen Geschehensablaufs zu der Annahme führen, daß eine Bank einen Kredit vorzeitig fällig gestellt oder gar nicht erst vergeben hätte. Auch hier wird es auf die Betrachtung des Einzelfalles ankommen. Generell wird die Kausalität zu bejahen sein, wenn ein verschleiertes Minderergebnis des Jahresabschlusses Ausdruck einer sich abzeichnenden Entwicklung war, die erkennbar bereits das konkrete Risiko einer unmittelbar oder mittelfristig bevorstehenden Insolvenz bzw. Überschuldung beinhaltet. Beispielsweise dürfte eine „Schönung“ der Jahresabschlüsse durch (nicht offengelegte) Bewertungsänderungen oder Verstoß gegen zwingende Bilanzvorschriften dann kausal für den bei einer Bank entstehenden Schaden sein, wenn diese Maßnahmen einen tatsächlich erzielten, das Eigenkapital bzw. die Liquidität ernstlich gefährdenden Verlust kompensieren, dies weder aus der Bilanz bzw. Gewinn- und Verlustrechnung selbst noch aus dem Prüfungsbericht mit der gebotenen Deutlichkeit erkennbar ist und noch ein zeitlicher Zusammenhang mit einer später eingetretenen, zum Kreditausfall führenden Insolvenz festgestellt werden kann.

In Haftungsprozessen wird seitens der Prüfer häufig eine vermeintliche Unmaßgeblichkeit der Bilanz für die Kreditvergabe eingewandt: Zum einen sei der Jahresabschluß stets vergangenheitsbezogen. Dritte, insbesondere an das Unternehmen Kredite ausreichende Banken dürften sich daher nicht allein auf den testier-

ten Abschluß verlassen. Wenn diese zur Vorbereitung einer Entscheidung über die Vergabe oder die Verlängerung eines Kredites nicht neuere Informationen und Daten des Unternehmens einholten, sei dies grob fahrlässig und schließe eine Haftung des Prüfers aus. Bezieht die Bank jedoch aktuellere Daten und Informationen der Geschäftsleitung des geprüften Unternehmens in die Kreditwürdigkeitsprüfung mit ein, so sei der fehlerhafte Jahresabschluß für die Kreditentscheidung nicht ursächlich, da diese maßgeblich auf anderweitigen Informationen beruhe. Die Haftung des Abschlußprüfers ließe sich bei dieser Betrachtungsweise praktisch immer verneinen. Dem steht jedoch entgegen, daß die Schadenskausalität nicht dadurch entfällt, daß noch andere Ursachen zur Entstehung des Schadens beigetragen haben¹¹⁰. Der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand braucht auch nicht die überwiegende oder wesentliche Ursache zu sein¹¹¹. Die Mitursächlichkeit der letztgültigen, von dem Unternehmen erstellten und vom Abschlußprüfer uneingeschränkt testierten Bilanz für die Kreditvergabeentscheidung ist schon im Hinblick auf § 18 KWG im Normalfall zu unterstellen.

Daß die Banken in der Regel bemüht – und auch verpflichtet – sind, sich von der Geschäftsleitung des Unternehmens zeitnähere betriebswirtschaftliche Informationen zu besorgen, ändert hieran nichts. Wenn diese von der Geschäftsleitung überlassenen Informationen die tatsächliche Situation des Unternehmens falsch darstellen, unterbricht dies keineswegs den Kausalverlauf im Hinblick auf ein pflichtwidrig erteiltes Testat für den Vorjahresabschluß. Im Gegenteil werden solche zusätzlich irreführenden Informationen zumeist erst durch die mit dem Testat verbundene Richtigkeitsgewähr in bezug auf den vorangegangenen, fehlerhaften Jahresabschluß ermöglicht. Etwas anderes würde natürlich gelten, wenn die vom Unternehmen erstellten, zeitnahen Informationen die kritische Finanzverfassung des Unternehmens im Gegensatz zu der auf den letzten Abschlußtag erstellten Bilanz zutreffend und ungeschminkt wiedergeben würden. In einem solchen wohl eher theoretischen Fall käme es aber kaum zur Kreditvergabe oder -verlängerung.

Schwierige Bewertungsfragen hinsichtlich der Schadensberechnung können sich ergeben, wenn eine Bank einen zuvor bereits gewährten Kredit aufgrund eines fehlerhaften Testates prolongiert. Sofern die Bank mit ihrer Darlehensrückforderung ausfällt, wäre zu fragen, ob der Schaden durch eine rechtzeitige Kündigung bzw. eine Nichtverlängerung des Kredits hätte vermieden oder verringert werden können. Der Schaden müßte über die Erstellung eines Status des Unternehmens zum Zeitpunkt des letzten zurückliegenden Kündigungstermins ermittelt werden. Zu bedenken ist, daß möglicherweise auch andere Banken ihre Kredite dann fällig gestellt hätten, so daß die Bank auch in einem solchen Fall auf eine – zu diesem früheren Zeitpunkt i. d. R. aber noch höhere – Konkursquote verwiesen wäre, mit der Folge, daß der eingetretene Schaden in der Differenz zwischen der tat-

¹⁰⁸ Vgl. BGH WM 1973, 141.

¹⁰⁹ FG 3/1988, Grundsätze für die Erteilung von Bestätigungsvermerken bei Abschlußprüfungen (G II).

¹¹⁰ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 20. September 1988 = WM 1989, 1618, 1619 f. = WuB IV A. § 826 BGB 2.90 *Sturmhoebel*.

¹¹¹ BGH WM 1990, 1710 = WuB IV A. § 675 BGB 3.90 *Huff* = NJW 1990, 2883.

sächlichen und der bei abweichendem Kausalverlauf erzielbaren Quote bestünde. Letztlich wird es hier auf die Gestaltung des Einzelfalles ankommen.

VII. Summenmäßige Haftungsbeschränkungen; Einwand des Mitverschuldens des geprüften Unternehmens

1. Deliktische Anspruchsgrundlagen

Wegen § 276 Abs. 2 BGB kommt eine summenmäßige Haftungsbeschränkung gegenüber Ansprüchen aus Delikt, hier insbesondere also aus § 826 BGB, nicht in Betracht. Ebensowenig spielt für den Anspruchsberechtigten eine Rolle, inwieweit auch die Verantwortlichen des geprüften Unternehmens schuldhaft gehandelt haben. Letzteres ist lediglich im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs zwischen mehreren Ersatzpflichtigen nach §§ 830, 426 BGB von Belang.

2. Vertragliche Anspruchsgrundlagen

a) Auskunftsvertrag

Soweit eine Ersatzpflicht des Wirtschaftsprüfers gegenüber Kreditgebern des geprüften Unternehmens nach den zur Annahme eines stillschweigenden Auskunftsvertrages entwickelten Rechtsgrundsätzen besteht, dürften vertragliche Haftungsbeschränkungen ebenfalls ausscheiden, da sich aus dem Verhalten der Parteien für eine im Wege der Auslegung zu ermittelnde, ausdrückliche Haftungsbeschränkung schwerlich Anhaltspunkte ergeben werden¹¹². Dies gilt auch im Rahmen von Pflichtprüfungen, da die – im übrigen wegen der unzureichenden summenmäßigen Haftungsbeschränkung auch nicht analogiefähige¹¹³ – Bestimmung des § 323 Abs. 2 HGB auf die im Rahmen eines Auskunftsvertrages anzunehmende, selbständige Rechtsbeziehung zwischen dem Prüfer und dem Auskunftsempfänger (Kreditgeber) nicht durchschlägt.

b) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Soweit Schadensersatzansprüche auf eine Haftung des Abschlußprüfers nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gestützt werden, können nach der Rechtsprechung des BGH dem geschützten Dritten grundsätzlich keine weitergehenden Rechte zustehen als dem geprüften Unternehmen als unmittelbarem Vertragspartner des Abschlußprüfers¹¹⁴. Allerdings hat der BGH dies in einer neueren Entscheidung¹¹⁵ dahingehend eingeschränkt, daß es sich hinsichtlich des derivativen Charakters des Drittschutzes „nur um einen Grundsatz, nicht aber um ein unverrückbares Prinzip“ handle. Eingeschränkt werde diese Begrenzung des Drittschutzes zum einen durch die Grundsätze von Treu und Glauben und zum anderen durch eine entsprechende Anwendung des § 334 BGB. Wegen des dispositiven Charakters des § 334 BGB, wonach dem Dritten im Prinzip alle Einwendungen aus dem zugrundeliegenden Vertrage entgegengehalten werden können, könne diese Vorschrift auch stillschweigend abbedungen werden. Letzteres könne sich insbesondere aus der „Natur des

Vertrages“, aus welchem der Dritte seine Rechte ableitet, ergeben, was um so mehr dann gelte, wenn § 334 BGB – wie hier – nicht unmittelbar, sondern lediglich entsprechend anwendbar ist.

Auf der Grundlage dieser rechtlichen Erwägungen hat der BGH den *Einwand des Mitverschuldens* des Auftraggebers eines erkennbar auch für Dritte bestimmten Gutachtens letzterem gegenüber nicht durchgreifen lassen, da es nach der Natur des Gutachtenvertrages dem offenkundigen Interesse des Dritten entspreche, daß sein Vertrauen auf die Richtigkeit des Gutachtens gerade auch in den Fällen rechtlich geschützt wird, in denen der Gutachtauftraggeber in unredlicher Weise auf den Inhalt des Gutachtens Einfluß nimmt¹¹⁶. Von der Anwendung dieser Grundsätze auch im Falle von Mitverschulden des Prüfungsauftraggebers bei Jahresabschlußprüfungen dürfte angesichts der grundsätzlichen, über den entschiedenen Einzelfall (Gutachten eines Bausachverständigen) hinausgehenden Urteilsbegründung auszugehen sein.

Eine andere Frage ist, inwieweit sich der Dritte eine im Verhältnis zwischen dem Jahresabschlußprüfer und dem Prüfungsunternehmen zur Anwendung kommende, *summenmäßige Beschränkung der Prüferhaftung* entgegenhalten lassen muß. Was die im Rahmen von Pflichtprüfungen vorgesehene Haftungsbeschränkung gem. § 323 Abs. 2 HGB (Höchstbetrag 500 000,- DM) anbelangt, dürfte die – von der Rechtsprechung bislang nicht entschiedene – Frage der Anwendung dieser Haftungsobergrenze auch auf Dritte erheblichen Zweifeln begegnen¹¹⁷. So wird diese Haftungsobergrenze schon im Hinblick auf das – weitaus weniger haftungsrelevante – Rechtsverhältnis zum Prüfungsauftraggeber für unangemessen und nicht analogiefähig gehalten. Wenn auch im Rahmen von Pflichtprüfungen grundsätzlich – mangels einer in § 323 HGB abschließend getroffenen Dritthaftungsregelung – eine Fahrlässigkeitshaftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Betracht kommt, wovon u. E. auszugehen ist, wäre es im übrigen widersprüchlich, diese Vorschrift Dritten gegenüber zwar nicht hinsichtlich des Haftungsmaßstabes, wohl aber hinsichtlich der dort vorgesehenen Haftungsobergrenze anzuwenden.

Mit dem Prüfungsauftraggeber individualvertraglich oder im Rahmen von AGB vereinbarte, summenmäßige Haftungsbeschränkungen können dagegen grundsätzlich auch im Verhältnis zum Dritten durchgreifen¹¹⁸. Zweifel werden hier allerdings insbesondere von *Hopt*¹¹⁹ angemeldet, der aus prinzipiellen Erwägungen keinen Raum für eine derivative Haftungsbeschränkung gegenüber dem Dritten sieht, da insbesondere bei Gutachten und Testaten, welche gerade zur Vorlage an den Dritten eingeholt werden, hierdurch der Sache nach im wesentlichen der Dritte und weniger der eigentliche Prüfungsauftraggeber belastet werde. Hier wird abzuwarten bleiben, ob die vom BGH¹²⁰

¹¹² Ebenso *Ebke/Scheel*, a.a.O. (Fn. 77), S. 396; *Budde/Hense*, a.a.O. (Fn. 56), § 323 HGB Rdn. 216.

¹¹³ So explizit *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, § 323 Rdn. 9.

¹¹⁴ Vgl. BGH WM 1987, 257 = WuB I D 3.-3.87 *Gößmann* = NJW 1987, 1759, 1760; *Brandner*, ZIP 1984, 1193 m.w.N.

¹¹⁵ BGH NJW 1995, 392, 393.

¹¹⁶ BGH a.a.O. (Fn. 115), S. 393.

¹¹⁷ Ähnlich *Quick*, BB 1992, S. 1584.

¹¹⁸ BGH NJW 1987, 1760 sowie die überwiegende Meinung im Schrifttum, vgl. *Ebke/Scheel*, a.a.O. (Fn. 77), S. 396; *Budde/Hense*, a.a.O. (Fn. 77), § 323 HGB Rdn. 202.

¹¹⁹ Vgl. *Hopt*, Festschr. Pleyer, S. 368.

¹²⁰ BGH NJW 1995, 393.

für den Fall des Mitverschuldens des Gutachterauftraggebers entwickelten Einschränkungen der Annahme einer lediglich derivativen Rechtsstellung des Dritten unter Berufung auf Treu und Glauben bzw. die Natur des zugrundeliegenden Auftragsverhältnisses eventuell auch auf summenmäßige Haftungsbeschränkungen erstreckt werden.

Geht man einmal davon aus, daß gegenüber dem Prüfungsauftraggeber zulässige Haftungsbeschränkungen auch in bezug auf Dritte durchgreifen, so ergab sich nach bisheriger Rechtslage hinsichtlich der – in der Praxis zumeist allein relevanten – AGB-mäßigen Freizeichnungsklauseln (AAB für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfergesellschaften v. 1. 1. 1990) ein verhältnismäßig klares Bild: Danach wurde eine generelle Haftungsbeschränkung auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr bei grobem Verschulden des Wirtschaftsprüfers ganz überwiegend gem. § 9 Abs. 2 AGBG für unwirksam erachtet¹²¹. Diesbezüglich hat sich jedoch aufgrund des am 15. Juli 1994 verkündeten Änderungsgesetzes zur Wirtschaftsprüferordnung eine neue Situation ergeben: Gemäß dem neu eingefügten § 54 a Abs. 1 Nr. 2 WPO ist nunmehr vorgesehen, daß durch Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen die Haftung für fahrlässiges Verhalten des Wirtschaftsprüfers auf das Vierfache des Mindesthaftpflichtversicherungsbetrages, derzeit also auf 2 Mio. DM beschränkt werden kann, ohne daß insoweit ein Unterschied zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit gemacht wird. Diese Haftungsbeschränkungsmöglichkeit ist für jedwede Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers vorgesehen, also nicht nur für Prüfungsarbeiten, sondern auch für alle beratenden und forensischen Dienstleistungen¹²². Eine Auseinandersetzung mit der anderslautenden Vorschrift des § 11 Nr. 7 AGBG, der hierzu – auch für die Verwendung unter Kaufleuten – ergangenen, umfangreichen Rechtsprechung des BGH sowie zu der Frage, in welchem Verhältnis die beiden, offenbar zumindest wertungsmäßig miteinander konfligierenden Gesetzesbestimmungen stehen, findet sich in der Gesetzesbegründung nicht¹²³.

Eine solche Stellungnahme des Gesetzgebers befindet sich jedoch, allerdings im entgegengesetzten Sinne, in der Begründung zu dem nur kurze Zeit später durch Gesetz vom 2. September 1994¹²⁴ neu eingefügten § 51 a BRAO, welcher einen mit § 54 a WPO nahezu identischen Wortlaut hat, in Abs. 1 Nr. 2 die Zulässigkeit der AGB-mäßigen Haftungsbeschränkung bei Rechtsanwälten jedoch auf Fälle leichter Fahrlässigkeit begrenzt. Entgegen dem ursprünglich vorgesehenen Gesetzentwurf, welcher auch in § 51 a Abs. 1 Nr. 2 BRAO die Zulässigkeit einer AGB-mäßigen Haftungsbeschränkung auf 2 Mio. DM unterschiedslos für alle Fälle der Fahrlässigkeit vorsah¹²⁵, wurde diese Möglichkeit wegen Zustimmungsverweigerung des Bundesrates, welcher – anders als beim Änderungsgesetz zur Wirtschaftsprüferordnung – zuständig war¹²⁶, verworfen. Zur Begründung wurde darauf abgehoben, daß eine Haftungsbeschränkung auch für grobe Fahrlässigkeit einen Wertungswiderspruch zu § 11 Nr. 7 AGBG beinhalte und die Mandanten unangemessen benachteilige¹²⁷.

Auf den offenkundigen Widerspruch zu den kurz zuvor in bezug auf die Freizeichnungsmöglichkeiten für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater ergangenen Gesetzesbestimmungen wird in der Begründung zu § 51 a BRAO nicht eingegangen. Ersichtlich sollte die

abweichende Haftungsregelung jedoch nicht etwa auf eine andersgeartete Beurteilung der Schutzbedürftigkeit der Mandanten von Rechtsanwälten im Vergleich zu denjenigen von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern gestützt werden, wofür schon angesichts der in den genannten Berufsständen vielfach anzutreffenden Doppel- und Mehrfachqualifikationen auch keinerlei sachliche Rechtfertigung erkennbar wäre. Es ist daher davon auszugehen, daß angesichts der dargestellten konträren Äußerungen des Gesetzgebers hinsichtlich der Auslegung von § 54 a Abs. 1 Nr. 2 WPO im Lichte der §§ 11 Nr. 7, 9 Abs. 2 AGBG eine unklare Rechtslage entstanden ist, die insbesondere die Annahme einer Vorrangigkeit der neugeschaffenen Bestimmung im Sinne einer *lex specialis*¹²⁸ als zweifelhaft erscheinen läßt. Eine Klärung wird der Rechtsprechung überlassen bleiben, sofern der Gesetzgeber nicht erneut eingreift.

Ein sicherer Schutz gegen Inanspruchnahmen wegen grob fahrlässiger Pflichtverletzungen auch über den Höchstbetrag von 2 Mio. DM hinaus wird selbst bei Annahme der Vorrangigkeit des § 54 a WPO gegenüber den AGB-gesetzlichen Regelungen kaum in allen Fällen erreichbar sein. Nach ständiger Rechtsprechung werden im Hinblick auf § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG klauselmäßige Haftungsbeschränkungen in bezug auf sog. „Kardinalpflichten“ grundsätzlich – auch im Falle eines schon nach bisheriger Rechtslage an sich zulässigen Haftungsausschlusses für leichte Fahrlässigkeit – für unwirksam gehalten¹²⁹. Betroffen sind

¹²¹ So z. B. *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 7. Aufl. 1993, Anh. §§ 9–11 Rdn. 955 sowie ferner § 9 Rdn. 149 m.w.N.; weitere Nachweise bei *Ebke/Scheel*, a.a.O. (Fn. 56), S. 396; vgl. auch *Brandner*, ZIP 1984, 1186.

¹²² Eine inhaltlich gleichlautende Änderung hat sich auch für die Steuerberaterhaftung durch Einfügung des § 54 a WPO entsprechenden § 67 a StBerG mit Gesetz vom 15.7.94 ergeben. Die AAB der Wirtschaftsprüfer sind per 1.1.1995 der neuen Gesetzeslage angepaßt worden und machen von der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung gem. § 54 a Abs. 1 Nr. 2 für alle Fälle der Fahrlässigkeit Gebrauch.

¹²³ Vgl. BT-Drucks. 12/5685, wo ohne Erwähnung des AGB-Gesetzes und ohne Differenzierung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit auf ein Bedürfnis nach wirtschaftlicher Beschränkung des Haftungsrisikos für den Berufsstand verwiesen wird. Der notwendige Mandantenschutz werde dabei durch die nach § 54 WPO vorgeschriebene Berufshaftpflichtversicherung gewährleistet.

¹²⁴ BGBI. I, S. 2278.

¹²⁵ Vgl. BT-Drucks. 12/7656: „Nicht aufgegriffen wird der Vorschlag des Bundesrates, die Möglichkeit der vertraglichen Haftungsbeschränkung einzuzugrenzen auf Fälle einfacher Fahrlässigkeit. Der Ausschluß sähe als Folge einer solchen Regelung erhebliche Schwierigkeiten für die Rechtsanwendung ...“.

¹²⁶ Die Bundesratszuständigkeit für das „Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwälte“ ergab sich aus dem Umstand, daß das Gesetzesvorhaben auch die teilweise Aufhebung des Lokalisierungsprinzips (§ 78 ZPO) vorsah.

¹²⁷ Vgl. BT-Drucks. 12/7868: „Die Möglichkeit, die Haftung durch vorformulierte Vertragsbedingungen auch für Fälle grob fahrlässig verursachter Schäden zu begrenzen, benachteiligt die Mandanten unangemessen. Denn sie setzt als spezialgesetzliche Möglichkeit die in § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz zum Schutz der Verbraucher aufgestellte Grundregel außer Kraft, daß ein Ausschluß oder eine Begrenzung der Haftung für einen Schaden, der auf einer grob fahrlässigen Vertragsverletzung beruht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht möglich sein soll ... Die Freistellung von der Haftung für grobe Fahrlässigkeit entspricht auch dann nicht der Billigkeit, wenn immerhin ein Versicherungsschutz in Höhe von 2 Mio. DM gewährleistet ist. Denn grob fahrlässiges Fehlverhalten ist grundsätzlich nicht schutzwürdig. Darüber hinaus ist auch nicht ersichtlich, daß es dem Vorschlag an der gebotenen Transparenz mangelt. Es steht außer Zweifel, daß mit dem Begriff der „leichten Fahrlässigkeit“ eine Beschränkung der Haftung für grobe Fahrlässigkeit verhindert werden soll. Der Begriff „grob Fahrlässigkeit“ hat aber bereits in vielen gesetzlichen Regelungen Verwendung gefunden (z. B. § 277 BGB). Probleme bei der Rechtsanwendung sind deshalb nicht zu befürchten ...“.

¹²⁸ In diesem Sinne aber *Budde/Hense*, a.a.O. (Fn. 56), § 323 HGB Rdn. 168.

¹²⁹ Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, § 9 Rdn. 147 sowie *Palandt/Heinrichs*, BGB, 54. Aufl. 1995, § 9 AGBG Rdn. 25 ff.

hiervon vor allem diejenigen Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und auf deren Erfüllung der Vertragspartner daher vertraut und auch vertrauen darf, da eine Einschränkung solcher Rechte und Pflichten den Vertragszweck gefährden würde¹³⁰. Die Einschränkung solcher vertraglicher Hauptpflichten wird als Verstoß gegen wesentliche Grundgedanken des Privatrechts angesehen¹³¹. Das OLG Frankfurt a. M.¹³² sah in Ausfüllung dieser Grundsätze eine Haftungsausschlußklausel einer Wirtschaftsauskunftei für Verschulden von nicht leitenden Angestellten auch im kaufmännischen Verkehr als unwirksam an, da die Erteilung von Auskünften Hauptpflicht i.S.v. § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG sei. Die zukünftige Beurteilung der Wirksamkeit von Ziff. 9 Abs. 2 der AAB für Wirtschaftsprüfer vom 1. 1. 1995, wonach unter Berufung auf § 54 Abs. 1 Nr. 2 WPO die Haftung des Wirtschaftsprüfers generell – für jedwede Vertragspflicht – auf 2 Mio. DM beschränkt wird, erscheint daher auch unter diesem Gesichtspunkt als ungewiß.

Im Ergebnis dürfte angesichts der äußerst restriktiven Haltung der Rechtsprechung gegenüber klauselmäßigen Haftungsbeschränkungen auch nach Inkrafttreten des § 54 a Abs. 2 WPO, insbesondere angesichts der im Gesetzgebungsverfahren aufgetretenen Widersprüche, das letzte Wort noch nicht gesprochen sein. Aus Sicht des betroffenen Berufsstandes erschie-
ne daher eine etwa im Vertrauen auf die gesetzliche Neuregelung vorgenommene Beschränkung des Versicherungsschutzes auf 2 Mio. DM als riskant, soweit im Einzelfall aufgrund der jeweiligen Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers, namentlich bei Jahresabschlußprüfungen größerer Gesellschaften, wesentlich höhere Vermögensinteressen involviert sind.

¹³⁰ So BGH NJW 1985, 3016 ff., 3018 m.w.N.

¹³¹ Vgl. *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 129), § 9 AGBG Rdn. 25; ebenso OLG Frankfurt a.M. ZIP 1984, 976, 977.

¹³² Vgl. OLG Frankfurt a.M. ZIP 1989, 976.