

Betriebs Berater

BB

24 | 2023

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... 12.6.2023 | 78. Jg.
Seiten 1345–1408

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. iur. Michael Stahlschmidt, M.R.F., LL.M., MBA, LL.M., RA/FAStR/FAInsSanR/FAMedR/StB
Automatischer Informationsaustausch für Krypto-Dienstleistungen

WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Christian Mock
Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen –
Möglichkeiten und Grenzen im Zusammenhang mit dem (virtuellen) Datenraum | 1347

STEUERRECHT

Alexander Skuratovski, RA/StB/FAStR
Steuerdeckung in der „Warranty and Indemnity Versicherung“:
Praktischer Erfahrungsbericht und Leitfaden für Steuerberater | 1367

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dipl.-Volksw. **Dr. Eike Dirk Eschenfelder**, RA
Überblick über neuere Entwicklungen bei der (deliktischen) Haftung von Wirtschaftsprüfern | 1387

ARBEITSRECHT

Dr. Kerstin Reiserer, RAin/FAinArbR, und **Johanna Tormählen**, RAin
Die Haftung leitender Angestellter – gilt die Arbeitnehmerprivilegierung
oder droht die Organhaftung? | 1396

Dipl.-Volksw. Dr. Eike Dirk Eschenfelder, RA

Überblick über neuere Entwicklungen bei der (deliktischen) Haftung von Wirtschaftsprüfern

Die im Zuge der Wirecard-Affäre durch das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) verfolgte Verschärfung des Haftungsrechts des Wirtschaftsprüfers – konkret für dessen Prüfungstätigkeiten – findet auch in der neueren Rechtsprechung Widerhall. Dabei ist regelmäßiger Inhalt die Anwendung und Auslegung deliktischer Anspruchsnormen. Im nachfolgenden Beitrag werden die jüngeren Entwicklungen der Wirtschaftsprüferhaftung anhand bedeutsamer Urteile seit dem Jahr 2020 dargestellt und eingeordnet.

I. Einführung

Die Havarie der Wirecard AG hat den Bereich der Expertenhaftung, speziell die Haftung von Wirtschaftsprüfern, in das Blickfeld von Legislative und Judikative gerückt. Die zuerst einsetzende Gesetzgebungstätigkeit mit Verschärfungen der Regelungen zur Abschlussprüfung¹ wird zunehmend von Rechtsprechungsentwicklungen flankiert, die eine graduelle Erosion des vormals eher als zurückhaltend eingestuftes Haftungsregimes hin zu weiteren haftungsrechtlichen Einfallsstufen weiter vorantreiben. Da das Tätigwerden von Wirtschaftsprüfern auf vertraglicher Grundlage nur zugunsten eines engen Personenkreises und allenfalls einiger weniger Dritter erfolgt und dabei i. d. R. (vertragliche) Haftungsbeschränkungen vereinbart werden, spielt die deliktsrechtliche Haftung eine ganz besondere Rolle in der Praxis – auch und gerade bei Berührungspunkten mit Kapitalmarktaktivitäten und in Krisenzeiten des Unternehmens. § 826 BGB dient oftmals als zentrale Ankernorm, deren Tatbestandsmerkmale peu à peu zugunsten Geschädigter neu „moduliert“ werden.

II. (Deliktsrechtliche) Abschlussprüferhaftung

Die in den letzten Jahren zahlreich zu § 826 BGB ergangenen obergerichtlichen Entscheidungen spiegeln die Bedeutung deliktsrechtlicher Ansprüche im Bereich der Wirtschaftsprüferhaftung wider. Kommt es zu Schädigungen – oftmals bei Schieflage oder im Zusammenhang mit einer Insolvenz des Unternehmens – sind es zumeist nicht (nur) das Unternehmen bzw. der Insolvenzverwalter, sondern es sind die mit offenen Forderungen zurückbleibenden Gläubiger und Anleger, die Schadensersatz verlangen.

1. Besondere Bedeutung deliktsrechtlicher Ansprüche

Deliktsrechtliche Ansprüche bedürfen weder gesonderter Rechtsbeziehungen noch einschlägiger Sondertatbestände. Dies gilt für eine Haftung nach § 826 BGB wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung ebenso wie für Verletzungen von Schutzgesetzen, die über § 823 Abs. 2 BGB zum Schadensersatz verpflichten. Derartige Schutzgesetze können strafrechtliche Regelungen wie Untreue und (Kapitalanlage-)Betrug (§§ 263, 264a, 266 StGB) oder Insolvenzstraftaten nach den §§ 283 ff.

StGB, § 15 a InsO genauso sein, wie (strafrechtlich) geschützte Berichts- und Geheimhaltungspflichten nach §§ 332, 333 HGB. Vertraglich vereinbarte Haftungsbegrenzungen gelten dort nicht.²

Weitere deliktsrechtliche Normen ergeben sich aus den §§ 831, 839a BGB, die gleichwohl nur einen begrenzten Anwendungsbereich aufweisen. Der Wirtschaftsprüfer haftet nach § 831 BGB für unerlaubte Handlungen eines Verrichtungsgehilfen,³ wenn er das Fehlen eines eigenen Auswahl- oder Überwachungsverschuldens nicht nachweisen, er sich folglich nicht exkulpieren kann. Der Vorteil für den Geschädigten ist insoweit die Verschuldensvermutung – anders als bei anderen deliktischen Anspruchsrundlagen, bei denen es des konkreten Nachweises bedarf. Auch bedarf es keines gesonderten Verschuldens auf Seiten des Verrichtungsgehilfen, ein rechtswidriges Verhalten genügt.⁴ Über § 839a BGB haftet der Wirtschaftsprüfer auch für die (schadensverursachende) Erstellung unrichtiger Gutachten im Fall von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Diese Haftung ist allerdings begrenzt auf Tätigkeiten, die als gerichtlich bestellter Sachverständiger erbracht werden. Der BGH erweiterte den Anwendungsbereich zuletzt dabei auf Fälle, in denen das Gerichtsverfahren nicht durch Gerichtsentscheidung, sondern durch Vergleich erledigt wird, auch wenn der Sachverständige hierauf keinen Einfluss hat.⁵

2. Kausalität, Kausalitätsvermutung und Beweislast

Voraussetzung jeder (deliktischen) Haftung ist der Zusammenhang zwischen schadensstiftender Handlung und Schaden, d.h. die Ursächlichkeit des Verhaltens für die Pflichtverletzung und den konkreten Schadenseintritt (haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität). Dabei ist jeweils ein äquivalenter und – haftungsbegrenzend – adäquater Ursächlichkeitszusammenhang erforderlich, wie zusätzlich der Schaden auch vom Schutzzweck der verletzten Norm gedeckt sein muss. Geht es um die Haftung aufgrund vorsätzlich sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB), verlangt die bisherige BGH-Rechtsprechung – als eine Art (Haftungs-)Damm – stets den

1 Höhere Haftsummen und die (teilweise) wegfallende Haftungsbeschränkung bei grober Fahrlässigkeit gem. § 323 Abs. 2 HGB führen zu Haftungsverschärfungen nach dem FISG, zumal die Schwellen von leichter zu mittlerer bis hin zu grober Fahrlässigkeit oftmals fließend sind und eine Einordnung zwangsläufig Wertungsspielräume enthält. Die gesetzlichen Neuregelungen betreffen Pflichtprüfungen (und gleichgestellte Prüfungen) und damit die Haftung gegenüber der Gesellschaft bzw. verbundenen Unternehmen (§ 323 Abs. 1 S. 3 HGB). In den Schutzbereich des § 323 HGB ist der Kapitalanleger aber nicht einbezogen, BGH, 21.11.2018 – VII ZR 3/18, juris, Rn. 18 ff., sodass es häufig beim Rückgriff auf die §§ 826, 823 Abs. 2 BGB verbleibt, wobei sich in Bezug auf die Dritthaftung durch das FISG selbst keine Änderungen ergeben haben.

2 Im Fall des Vorsatzes gelten bei Pflichtprüfungen ebenfalls keine Haftungshöchstgrenzen im Verhältnis zwischen Prüfer und Gesellschaft, vgl. § 323 Abs. 2 S. 2 Halbs. 1 HGB. Auch sonstige Haftungsbeschränkungen können je nach Fallgestaltung dann entfallen, s. einerseits etwa § 202 Abs. 1 BGB (keine Haftungsleichterung i. V. m. Verjährungsverkürzungsabreden bei Vorsatz) sowie aber auch § 278 S. 2 i. V. m. § 276 Abs. 3 BGB andererseits (möglicher Haftungsausschluss für vorsätzlich handelnde Erfüllungsgehilfen).

3 Verrichtungsgehilfe ist, wer von den Weisungen seines Geschäftsherrn betreffend Art, Umfang und Zeit der Tätigkeit abhängig ist.

4 BGH, 8.3.2021 – VI ZR 505/19, NJW 2021, 1669.

5 BGH, 25.6.2020 – III ZR 119/19, NJW 2020, 2471.

konkreten Kausalitätsnachweis durch den Anspruchsteller, wonach die sittenwidrige Tathandlung den konkreten Schaden (zumindest mit herbeigeführt hat.⁶ Geht es um eine Anlegerentscheidung, muss die konkrete (individuelle) Kausalität zwischen Täuschung und Willensentschluss des Anlegers von diesem konkret dargelegt und nachgewiesen werden, d. h. dass ein fehlerhaftes Testat (oder eine andere Tätigkeitsentfaltung des Wirtschaftsprüfers) vom Anleger auch tatsächlich zur Kenntnis genommen wurde bzw. auf sein Verhalten konkreten Einfluss hatte. Hierfür reicht es nicht aus, dass ein fehlerhaftes Testat nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in Gestalt des streitgegenständlichen Kaufs entfiel; ein solcher Zusammenhang allein i. S. d. Äquivalenztheorie genügt nicht.⁷ Folglich genügt auch nicht, dass ein mit einem fehlerhaften Testat versehener Prospekt, der zur Kaufentscheidung dienen soll, lediglich im Internet abrufbar war, tatsächlich aber gar nicht zur Kenntnis genommen wurde.⁸

Vielmehr galt bisher, dass – auch bei extrem unseriöser Kapitalmarktinformation – auf den konkreten Nachweis der Kausalität für den Willensentschluss des Geschädigten (Anlegers) nicht verzichtet werden konnte.⁹ Neuerdings zeichnet sich aber eine Tendenz zur Gewährung von Beweiserleichterungen im Hinblick auf die (haftungsbe gründende) Kausalität ab und zwar auch im Rahmen deliktischer Ansprüche und bei Fällen, in denen im Rahmen der Jahresabschlussprüfung ein Bestätigungsvermerk erteilt wurde.¹⁰ Vormals hatte der BGH Beweiserleichterungen nur bei der Geltendmachung des Kursdifferenzschadens im Rahmen spezialgesetzlicher Normen zugelassen, bei dem es nicht um die Einwirkung auf die freie Willensentscheidung des Anlegers zum Kauf, sondern lediglich um die Preisbildung ging.¹¹ Mittlerweile dehnt er die Beweiserleichterungen (unabhängig von der Form des gewählten Schadensersatzes) auf Testate aus, sofern diese in einem Prospekt Eingang finden. Sieht man in Teilen der Literatur zwar (noch) keinen Anlass, insoweit (gänzlich) umzuschwenken und auch Fälle ohne jeden Prospektbezug einzubeziehen,¹² so erkennt das OLG München im Wirecard-Komplex Gründe, Beweiserleichterungen im Rahmen der sog. Transaktionskausalität bei § 826 BGB im Zusammenhang mit fehlerhaften Jahresabschlussstaten auch ohne jeden Prospektbezug zuzulassen.

Hierfür soll ein Anscheins- bzw. Indizienbeweis möglich sein, der an die Grundsätze zur positiven Anlagestimmung bzw. Erfahrungssätze „über den gewöhnlichen Lauf der Dinge“ anknüpft,¹³ wobei die genaue dogmatische Verortung im Ergebnis (noch) vage bleibt. Zur Begründung des Verzichts auf den Nachweis individueller Kausalität wird ausgeführt, dass die (geforderte) Versagung des Testats die Stellung eines Insolvenzantrags früher nach sich gezogen hätte, sodass es nicht mehr zum Erwerb gekommen wäre.¹⁴ Letztlich zieht man eine hypothetische Kausalität heran und knüpft die Haftung an die pflichtwidrige Unterlassung der Versagung des Testats, freilich ohne gesicherte Erkenntnis über den (hypothetischen) Kausalverlauf, sondern vielmehr auf Grundlage von Plausibilitätserwägungen. Da § 826 BGB gemeinhin so verstanden wird, dass hiermit die Integrität der freien Willensentschließung (des Anlegers) geschützt werden soll, bleibt abzuwarten, ob der BGH sich dieser sehr weiten Interpretation mit Erleichterungen für den Kausalitätsnachweis anschließen wird. Für die Verfolgung von Haftungsansprüchen (Dritter) wäre dies in der Tat eine gravierende Besserstellung für Anspruchsteller. Daran ändert auch der (beschwichtigende) Hinweis auf grundsätzlich strengere Voraussetzungen des § 826 BGB im Vergleich zur vertraglichen Haftung nichts, da dies die weiterschreitenden tatbestandlichen Aufwei-

chungen der Haftungsnorm in puncto Vorsatz und Sittenwidrigkeit negiert (s. Abschn. II. 3.).

3. Sittenwidrigkeit und Vorsatz

§ 826 BGB verlangt ein sittenwidriges Verhalten des Experten. Dieses wird im Rahmen der Erteilung unrichtiger Testate, Gutachten bzw. Stellungnahmen daran festgemacht, dass der Auskunftserteilende aufgrund des ihm zuerkannten Expertenstatus ein besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt, mit schwerwiegenden Sorgfaltpflichtverletzungen dem aber nicht im Mindesten gerecht wird. Dabei ist stets eine Gesamtschau des Verhaltens des Schädigers bis zum Eintritt des Schadens beim Geschädigten anzustellen. Bis zum Zeitpunkt des Eintritts des konkreten Schadens kann eine Verhaltensänderung des Schädigers damit noch zum Wegfall der Sittenwidrigkeit führen.¹⁵

Um den Tatbestand des § 826 BGB zu erfüllen, muss der Wirtschaftsprüfer seine Aufgabe – über die bloße Fehlerhaftigkeit hinaus – qualifiziert nachlässig erledigt und dabei eine Leichtfertigkeit bzw. Rücksichtslosigkeit (gegenüber dem Geschädigten) an den Tag gelegt haben, die – im Fall eines Bestätigungsvermerks – angesichts der Bedeutung des Testats für die Entscheidung Dritter als gewissenlos erscheint.¹⁶ Vereinzelt Pflichtverletzungen überschreiten diese Schwelle regelmäßig erst dann, wenn sie eine gleichgültige, die Schädigung eines Dritten bewusst in Kauf nehmende Gesinnung offenbaren und gerade deshalb als verwerflich einzustufen sind. Positiver Kenntnis der Unrichtigkeit bedarf es nicht, vielmehr genügt, dass der Wirtschaftsprüfer Angaben „ins Blaue hinein“ macht bzw. zugrunde legt, mithin ohne sorgfältige Prüfung des Sachverhalts.¹⁷

Beispiele hierfür aus der jüngeren Judikatur sind etwa das Unterlassen der Prüfung wesentlicher Positionen des Jahresabschlusses, wie etwa die Prüfung der Werthaltigkeit von Kaufpreisforderungen, wenn sich die Wertlosigkeit hätte aufdrängen müssen,¹⁸ oder wenn eine Änderung des Kerngeschäfts bzw. Geschäftsmodells des Unternehmens bekannt ist und insoweit eine falsche Risikodarstellung und Einschätzung der Lage des Unternehmens im Lagebericht unbeanstandet bleibt, sofern die Änderung des Kerngeschäfts mit gewichtigen Risikosteigerungen verbunden ist.¹⁹

Im Rahmen des § 826 BGB – wie auch bei Straf- bzw. Schutzgesetzverletzungen i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB – bedarf es des Vorsatzes, mithin des Vorliegens eines Wissens- und eines Wollenselements. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers entweder gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben, oder diese zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf ge-

6 BGH, 3.3.2008 – II ZR 310/06, WM 2008, 790; BGH, 4.6.2007 – II ZR 147/05, BB 2007, 1806, WM 2007, 1557.

7 OLG Düsseldorf, 23.10.2019 – I-14 U 83/18, juris, Rn. 106.

8 BGH, 20.1.2022 – III ZR 194/19, BB 2022, 622, 625, m. BB-Komm. Meyer.

9 BGH, 26.6.2006 – II ZR 153/05, WM 2007, 486.

10 BGH, 20.1.2022 – III ZR 194/19, BB 2022, 622, 625, m. BB-Komm. Meyer; BGH, 12.3.2020 – VII ZR 236/19, NZG 2020, 1030, Rn. 39, BB 2020, 1457 Ls. m. BB-Komm. Zoller; OLG München, 21.4.2022 – 8 U 4257/21, juris, Rn. 163 ff.; OLG München, 9.12.2021 – 8 U 6063/21, AG 2022, 368, 369.

11 Vgl. Bork, ZRI 2021, 201, 203, m. w. N.

12 Vgl. z. B. Buck-Heeb, AG 2022, 337, 341 ff.; Poelzig, ZBB 2021, 73, 83.

13 OLG München, 23.9.2022 – 13 U 3614/22, BB 2022, 2800 Ls. m. BB-Komm. Eschenfelder, ZRI 2022, 905; OLG München, 21.4.2022 – 8 U 4257/21, juris, Rn. 163 ff.; OLG München, 9.12.2021 – 8 U 6063/21, AG 2022, 368.

14 OLG München, 20.5.2022 – 13 U 9056/21, juris.

15 BGH, 30.7.2020 – VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798, Rn. 31.

16 BGH, 20.1.2022 – III ZR 194/19, BB 2022, 622, 624 f., m. BB-Komm. Meyer.

17 BGH, 19.11.2013 – VI ZR 336/12, NJW 2014, 383, Rn. 10, BB 2014, 306 Ls. m. BB-Komm. Eschenfelder.

18 OLG Düsseldorf, 23.10.2019 – I-14 U 83/18, juris, Rn. 68 ff.

19 BGH, 12.3.2020 – VII ZR 236/19, NZG 2020, 1030, Rn. 32 und 36, BB 2020, 1457 Ls. m. BB-Komm. Zoller.

nommen haben. Es genügt somit nicht, wenn die relevanten Schadensumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen.²⁰ In letzterem Fall verbleibt es bei einem Fahrlässigkeitsvorwurf, der für eine Haftung nach § 826 BGB nicht genügt.

Anders als bei vertraglichen Ansprüchen wird das Verschulden nicht vermutet, sodass der Verschuldensnachweis vom Geschädigten zu führen ist.²¹ Allerdings reicht es aus, dass der Wirtschaftsprüfer eben nur bedingt vorsätzlich, d.h. leichtfertig und gewissenlos, gehandelt hat, was Angaben „ins Blaue hinein“ oder die Zugrundelegung ungeprüfter Angaben Dritter genügen lässt.²² Die Schwelle zur groben Fahrlässigkeit ist folglich fließend.

4. Haftung bei bzw. trotz kriminellen(r) Täuschungshandlungen auf Gesellschaftsseite (Fall Wirecard)

Kommt es zu umfangreichen Manipulationen bzw. kriminellen Täuschungshandlungen auf Seiten des Unternehmens im Zusammenhang mit Bilanzen oder Geschäftsunterlagen – wie im Wirecard-Komplex – oder haben die Vertreter der Gesellschaft ein Schneeballsystem implementiert, stellt sich die Frage, ob der Wirtschaftsprüfer aufgrund eigener (leichtfertiger und sittenwidriger) Pflichtverletzungen überhaupt – vollumfänglich – für Schäden in Anspruch genommen werden kann. Wo der Abschlussprüfer auf die Richtigkeit von Zahlen bzw. Angaben berechtigterweise vertrauen durfte, muss er ohne hinreichende Anhaltspunkte nicht von Fälschungen ausgehen, sodass bereits ein eigenes sittenwidriges Verhalten insoweit ausscheidet. Ist davon auszugehen, dass bei gebotener Nachfrage – und auch im Übrigen pflichtgemäßem Vorgehen – alle (nach-)geforderten Unterlagen durch Fälschung erstellt und vorgelegt worden wären, so kann dies bereits die (haftungsbegründende) Kausalität der fehlerhaften Prüfungshandlungen für die Erteilung eines Testats und damit für etwaige Schäden entfallen lassen.²³ Eine gezielte Unterschlagungsprüfung ist nicht geschuldet; allenfalls ist – im Rahmen der eigenen Erkenntnismöglichkeiten – zu prüfen, ob der Abschluss fehlerhafte Angaben enthält, die aus Verstößen gegen strafbewehrte Bestimmungen entstanden sind.

Liegt vorsätzliches Handeln sowohl auf Seiten des Abschlussprüfers (i.S.v. Leichtfertigkeit) als auch der gesetzlichen Vertreter oder Mitarbeiter der geprüften Gesellschaft vor, ändert dies an der Möglichkeit der Haftung des Wirtschaftsprüfers nichts. Bei Ansprüchen der Gesellschaft selbst gegen den Wirtschaftsprüfer muss sich diese ein Mitverschulden der (handelnden) Vertreter zurechnen und betragsmäßig anrechnen lassen; einer betrügerisch handelnden Gesellschaft stehen gegen einen nur fahrlässig pflichtwidrig handelnden Abschlussprüfer i.d.R. keine Schadensersatzansprüche zu.²⁴ Gegenüber Dritten greift bei deliktsrechtlichen Ansprüchen dieser (Mitverschuldens-)Einwand durch den Wirtschaftsprüfer aber regelmäßig nicht.²⁵

III. Haftung im Zusammenhang mit originären Kapitalmarkt- und Kapitalanlagetätigkeiten

Kapitalmarktbezogene Tätigkeiten verursachen regelmäßig besondere Haftungsgefahren und eröffnen grundsätzlich vielfältige Anspruchsnormen. Dabei ist die bloße Testatserteilung für den Jahresabschluss von Tätigkeiten, die einen unmittelbaren Bezug zur Prospekterstellung haben, zu unterscheiden.

1. Anspruchskonkurrenz

Wird der Wirtschaftsprüfer im Zusammenhang mit in Verkehr gebrachten Werbeprospekten tätig, so kommt eine Prospekthaftung i.e.S. wie auch i.w.S. in Betracht. Wird die Prospekthaftung i.e.S. in eine spezialgesetzliche Prospekthaftung, die sich heute primär nach den speziellen Haftungstatbeständen der §§ 9ff. WpPG, §§ 20ff. VermAnlG sowie § 306 KAGB richtet, sowie eine sog. bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung i.e.S. unterteilt, ist beiden gemein, dass sie auf einer (rein) prospektbezogenen und typisierten Vertrauenshaftung beruhen. Bei der Prospekthaftung i.w.S. handelt es sich hingegen um einen Anwendungsfall der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss gem. den §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (i.S. e. culpa in contrahendo). Letztere setzt besonderes persönliches Vertrauen voraus, welches der Wirtschaftsprüfer in Anspruch genommen und hiermit die Verhandlungen konkret beeinflusst haben muss.²⁶ Ist der Anwendungsbereich spezialgesetzlicher Tatbestände gegeben, so sollten nach jüngerer BGH-Rechtsprechung die Prospekthaftungsansprüche i.w.S. wie auch die bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung i.e.S. ausscheiden,²⁷ um eine Umgehung der spezialgesetzlichen Prospekthaftungstatbestände, insbesondere eine Aushöhlung deren besonderer Verjährungs- und Haftungsbegrenzungsregeln zu verhindern.²⁸ Für den Auffangtatbestand der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung i.e.S. verbleibt in solchen Fällen kein Raum, da diese nur eine typisierte Vertrauenshaftung in (Alt-)Fällen ohne gesetzliche Prospektspflicht und ohne (generell) einschlägige spezialgesetzliche Normen regelt.²⁹ Dass trotz Vorliegens der Haftungsvoraussetzungen nach Grundsätzen der culpa in contrahendo aber Prospekthaftungsansprüche i.w.S. verdrängt werden (sollen), erscheint – jedenfalls dem II. Zivilsenat des BGH – weder zwingend noch geboten.³⁰ Eine solche Privilegierung des Schädigers kommt demnach (nun doch) nicht in Betracht. Neben etwaigen Prospekthaftungsansprüchen bleiben Ansprüche wegen vorsätzlicher unerlaubter Handlungen – nach einhelliger Ansicht – uneingeschränkt bestehen.³¹

2. Hintermannhaftung und Garantenstellung

Während spezialgesetzliche Prospekthaftungsansprüche regelmäßig einen Wirtschaftsprüfer, der lediglich als Prüfer fungiert, nicht einbeziehen (weil er insoweit weder Initiator, Gründer, Gestalter oder He-

20 BGH, 28.6.2016 – VI ZR 536/15, NJW 2017, 250, Rn. 25, m.w.N., BB 2016, 2632 m. BB-Komm. Handke.

21 Nach den Änderungen durch das FISG soll im Rahmen des § 323 Abs. 1 S. 3 HGB für leichte Fahrlässigkeit (entsprechend § 280 Abs. 1 S. 2 BGB) die Annahme einer Verschuldensvermutung greifen, vgl. u.a. *Justenhoven/Feldmüller*, in: Grottel u.a. (Hrsg.), Beck'scher Bilanzkommentar, 13. Aufl. 2022, § 323 HGB, Rn. 78, wohingegen für Vorsatz sowie grobe Fahrlässigkeit die volle Beweislast beim Anspruchsteller liegt, um das Entfallen von Haftungshöchstgrenzen begründen zu können, a.A. *Merkt*, in: Hopt, HGB, 42. Aufl. 2023, § 323, Rn. 7g.

22 *Eschenfelder*, BB 2015, 1963, 1965, m.w.N.

23 OLG Stuttgart, 22.2.2022 – 12 U 171/21, juris; OLG Düsseldorf, 18.6.2021 – 22 U 31/20, juris.

24 OLG Stuttgart, 22.2.2022 – 12 U 171/21, juris.

25 *Grüneberg*, in: Palandt (Begr.), BGB, 81. Aufl. 2022, § 254, Rn. 56.

26 BGH, 25.6.2009 – III ZR 222/08, juris, Rn. 8.

27 BGH, 26.4.2022 – XI ZB 27/20, NZG 2022, 1113, Rn. 17 ff., RdF-Entscheidungsreport *Sänger*, RdF 2022, 233; BGH, 19.1.2021 – XI ZB 35/18, NJW 2021, 1318, Rn. 22 ff.

28 Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Wirtschaftsprüfer auch tatsächlich Adressat spezialgesetzlicher Tatbestände ist. Eine Ansicht, wonach bereits jeder Fall der Eröffnung des allgemeinen Anwendungsbereichs der spezialgesetzlichen Prospekthaftung, d.h. ein Sachverhalt Sperrwirkung entfaltet, der auf ein Anlageprodukt und einen Markt bezogen ist, die beide von einem Spezialgesetz erfasst werden, geht von vornherein zu weit.

29 BGH, 27.4.2021 – XI ZB 35/18, AG 2021, 707, Rn. 4.

30 So entgegen dem XI. Zivilsenat jetzt BGH, 25.10.2022 – II ZR 22/22, AG 2023, 202.

31 BGH, 21.2.2013 – II ZR 139/12, WM 2013, 689, 690.

rausgeber noch Hintermann ist³²), bleibt die Möglichkeit der prospektrechtlichen Haftungsinanspruchnahme in Fällen, in denen der Wirtschaftsprüfer eine Garantstellung einnimmt. Nimmt er aufgrund seiner besonderen Stellung und Fachkunde nach außen hin sichtbar an der Prospektgestaltung teil und tritt insoweit in Erscheinung, gibt Erklärungen ab bzw. beteiligt sich anderweitig erkennbar hieran, so kommt ein Vertrauenstatbestand in Betracht, der zur Haftung gegenüber Dritten führt.³³ Diese Haftung beschränkt sich allerdings stets auf die dem Experten zuzurechnenden Prospektaussagen.

Führt er ausschließlich die gesetzlich vorgeschriebene Abschlussprüfung durch und wird der Bestätigungsvermerk anschließend in den Prospekt aufgenommen, reicht dies für eine Prospekthaftung noch nicht aus.³⁴ Dies gilt genauso für die Erteilung von Testaten zu Kapitalflussrechnungen, da deren Prüfung Teil des Jahresabschlusses ist.³⁵ Eine Prospekthaftung i. e. S. kommt nur dann in Betracht, wenn der Prüfer über seine Rolle als Abschlussprüfer hinaus gegenüber potentiellen Anlegern die Richtigkeit seines Vermerks garantiert. Dabei muss sich der (typisierte) Vertrauenstatbestand aus dem Prospekt selbst ergeben, was der Fall sein kann, wenn das Testat eigens für die Prospektveröffentlichung gefertigt wurde oder der Abschlussprüfer konkret gegenüber Anlegern werbend nach außen aufgetreten ist.³⁶ Die bloße Mitwirkung an der Herausgabe des Prospekts oder an einzelnen Teilbereichen und eine insoweit begrenzte Einflussnahme genügt im Allgemeinen nicht.

Da bei der Prospekthaftung i. w. S. von vornherein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen worden sein muss, bedarf es hierfür der konkreten Beeinflussung des Kaufentschlusses durch den Wirtschaftsprüfer im Einzelfall. Für die Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens genügt es dabei nicht, dass er in einem Prospekt mehrfach an prominenter Stelle (wie etwa auf dem Deckblatt) werbemäßig genannt wird.³⁷

3. Weiter Schutzbereich mit Einbeziehung Dritter

Kommt es zu einer Haftung des Wirtschaftsprüfers für Schäden, die aufgrund pflichtwidriger Prüfungen beim Anlageobjekt erfolgt sind, und haftet er gegenüber originären Anteilserwerbern, so wird der Schutzbereich von der Rechtsprechung mittlerweile so weit ausgedehnt, dass auch Derivate-Erwerber entsprechende Haftungsregeln für sich nutzen können.³⁸ Der Wirtschaftsprüfer wird in jedem Fall im öffentlichen Interesse tätig, sodass eine Differenzierung im Rahmen von Schutzzweck und Geltungsbereich der Anspruchsnorm ausscheiden soll. Dies gilt unabhängig von einem Prospektbezug und auch für deliktische Ansprüche.

4. Kausalität und Beweislast

Bei Prospektfehlern bzw. Prospektprüfungsfehlern wird im Rahmen der Kausalität eine tatsächliche – widerlegbare – Vermutung dafür angenommen, dass der Prospektfehler bzw. die Pflichtverletzung ursächlich für den Entschluss des Anlegers zum Erwerb der Anlage ist.³⁹ Dabei soll es der Lebenserfahrung entsprechen, dass ein Prospektfehler auch ohne Kenntnisnahme des Prospekts durch den Anleger für die Anlageentscheidung ursächlich wird, wenn der Prospekt entsprechend dem Vertriebskonzept von den Anlagevermittlern als Arbeitsgrundlage verwendet wird. Auch im Prospekt abgedruckte Testate sind dann Grundlage der Anlageentscheidung geworden.⁴⁰ Der Wirtschaftsprüfer muss die Vermutung widerlegen, wonach der Prospekt beim konkreten Vertragsschluss Verwendung gefunden hat. Diese

Vermutung gilt unabhängig davon, ob das Schadensersatzbegehren auf eine vertragliche, prospektrechtliche oder deliktische Anspruchsgrundlage gestützt wird.

Eine sog. positive Anlagestimmung und hierauf basierende Kausalitätsvermutung soll neuerdings bei fehlerhaften Testaten auch dann anzunehmen sein, wenn diese zwar in keinem Verkaufsprospekt abgedruckt waren, hierfür aber anderweitig eine Veröffentlichungspflicht besteht und entsprechende Testate regelmäßig Beachtung finden, wie dies bei DAX-Unternehmen über die Öffentlichkeit sowie Analysten der Fall ist.⁴¹ Handelt es sich um spezialgesetzliche Normen (der Prospekthaftung), gilt für gewöhnlich ein Zeitraum von sechs Monaten ab Einführung der Wertpapiere, in dem eine tatsächliche Vermutung für die Existenz des Kausalzusammenhangs zwischen Fehler und Kaufentschluss besteht.⁴² Außerhalb solcher spezialgesetzlicher Regelungen lässt sich die Dauer des Zeitraums nicht allgemeingültig festlegen, wobei i. d. R. spätestens nach Ablauf eines Jahres nach Veröffentlichung eine Anlagestimmung nicht mehr bestehen dürfte.⁴³ Selbst dann, wenn der Wirtschaftsprüfer nur im Rahmen der üblichen Jahresabschlussprüfung mit der Erteilung eines fehlerhaften Testats tätig wurde, welches im Verkaufsprospekt abgedruckt bzw. genannt wurde, soll sich ein Anleger auf eine solche Vermutungsregelung berufen können (s. Abschn. II. 2.).⁴⁴ Dies gilt auch, wenn es sich um einen überholten Stichtag des Jahresabschlusses handelt und ein neuer Abschluss zu erwarten war. Erst, wenn zwischen dem Prüfungsstichtag und dem Anlageentschluss eine so lange Zeit verstrichen ist, dass mit wesentlichen, auch die Grundlagen des Unternehmens erfassenden Änderungen der Verhältnisse gerechnet werden muss, verliert die Ursächlichkeitsvermutung ihre Wirkung.⁴⁵

IV. Besondere Warn- und Hinweispflichten bei Insolvenz bzw. Insolvenznähe

Neben den originären Leistungspflichten (gemäß Mandatsvertrag) sind insbesondere Umfang und Inhalt der dem Experten zugewiesenen Warn- und Hinweispflichten bei Insolvenz bzw. Insolvenznähe haftungsträchtig. Ausgangspunkt ist das bestehende Informations-

32 Hintermänner sind alle Personen, die hinter der Gesellschaft stehen und auf ihr Geschäftsgebaren oder die Gestaltung des konkreten Anlagemodells besonderen Einfluss ausüben und deshalb Mitverantwortung tragen, vgl. BGH, 17.11.2011 – III ZR 103/10, NJW 2012, 758, 759, BB 2012, 210 m. BB-Komm. *Stumpf*.

33 BGH, 17.9.2020 – III ZR 283/18, NJW 2020, 3451, Rn. 35 f.

34 OLG Dresden, 30.6.2011 – 8 U 1603/08, DStRE 2013, 59, 61; *Fischer/Zastrow*, GWR 2020, 351, 355.

35 BGH, 21.11.2018 – VII ZR 276/17, juris, Rn. 20, 28.

36 BGH, 21.11.2018 – VII ZR 276/17, juris, Rn. 26 ff.

37 BGH, 17.7.2018 – II ZR 13/17, WM 2018, 1594, Rn. 13, BB 2018, 2002, RdF-Entscheidungsreport *Schulz*, RdF 2018, 340.

38 BGH, 5.5.2022 – III ZR 135/20, WM 2022, 1273, 1275; OLG München, 23.9.2022 – 13 U 3614/22, ZRI 2022, 905, BB 2022, 2800 Ls. m. BB-Komm. *Eschenfelder*; dagegen *Wagner/Köster*, WM 2020, 1711, 1719; *von Bernuth/Kremer*, BB 2013, 2186, 2190, wonach Derivate-Investoren als mittelbar Geschädigte lediglich reflexartig betroffen seien und nicht in den Schutzbereich etwaiger Schadensersatzansprüche fielen.

39 BGH, 3.2.2022 – III ZR 84/21, WM 2022, 514, 517, BB 2022, 718 m. BB-Komm. *Zoller*, RdF-Entscheidungsreport *Voigt*, RdF 2022, 229; BGH, 21.2.2013 – III ZR 139/12, WM 2013, 689, 690.

40 BGH, 12.3.2020 – VII ZR 236/19, NZG 2020, 1030, 1033, BB 2020, 1457 Ls. m. BB-Komm. *Zoller*.

41 OLG München, 13.12.2021 – 3 U 6014/21, NZG 2022, 566, 567, mit Hinweis auf die bei börsennotierten Unternehmen greifenden Ad-hoc-Mitteilungspflichten, die auch bei Versagung bzw. Einschränkung des Testats im Rahmen der Jahresabschlussprüfung gelten, sodass auch in diesen Fällen Platz für Beweiserleichterungen sei.

42 Vgl. etwa zu den §§ 9 ff. WpPG *Heidelbach*, in: *Schwark/Zimmer* (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 9 WpPG, Rn. 25.

43 OLG München, 9.12.2021 – 8 U 6063/21, AG 2022, 368, 369, sowie BGH, 14.7.1998 – XI ZR 173/97, NJW 1998, 3345, 3347, BB 1998, 2071.

44 OLG Düsseldorf, 23.10.2019 – I-14 U 83/18, juris, Rn. 99 ff.

45 BGH, 21.2.2013 – III ZR 139/12, WM 2013, 689, 691.

und Wissensgefälle zwischen Vertragspartner (ggf. Dritten) und dem mandatierten Experten. Wird der Wirtschaftsprüfer besonderer Gefahren bzw. Risiken für den Mandanten gewahr, hat er zu warnen bzw. darauf hinzuweisen.

Auch außerhalb des eigentlichen Vertragsgegenstands bestehen solche Pflichten, wenn dem Experten die dem Mandanten drohende Gefahr bekannt ist oder sich ihm hätte aufdrängen müssen und ersichtlich ist, dass der Auftraggeber sich dieser nicht bewusst ist.⁴⁶ Welcher Experte (Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder Rechtsanwalt) tätig wird, ist dabei nur von sekundärem Interesse. Insbesondere im Zusammenhang mit der Steuerberatungshaftung erkennt die Rechtsprechung mittlerweile eine verschärfte Haftung des Beraters bei Insolvenzzreife.⁴⁷ Dies muss im Grundsatz auch für Tätigkeiten des Abschlussprüfers gelten. Kennt er bspw. ernsthafte Indizien, die eine Unternehmensfortführung zweifelhaft erscheinen lassen und erfolgt die Bilanzierung nach Fortführungswerten, darf er nicht ohne hinreichende explizite Fortführungsprognose testieren.⁴⁸ Bereits § 323 Abs. 2 S. 3 HGB bestimmt ein Verbot der Erteilung eines uneingeschränkten Bestätigungsvermerks, wenn die Fortführung mit erheblichen Unsicherheiten belastet ist. Zwar hat der Abschlussprüfer keine umfassende Rechts- und Wirtschaftlichkeitsprüfung vorzunehmen, doch lässt sich aus den zur Verfügung stehenden Unterlagen eine Insolvenzzreife bzw. eine entsprechende Gefahr erkennen, muss er zumindest im Abschlussbericht und im Bestätigungsvermerk hierauf hinweisen.

Dies gilt etwa, wenn die Jahresabschlüsse der Gesellschaft in aufeinanderfolgenden Jahren nicht eigenkapitalgedeckte Fehlbeträge aufweisen oder die bilanziell überschuldete Gesellschaft ersichtlich über keine stillen Reserven verfügt.⁴⁹ Die Kenntnis der Umstände kann dabei auch aus einem allgemeinen Dauermandat resultieren, auch wenn ein auf Insolvenzzrisiken ausgerichtetes, konkretes Mandat nicht erteilt wurde. Zur Pflichterfüllung genügt dann der lediglich abstrakte Hinweis auf die Prüfungspflichten des Geschäftsführers zur Insolvenzzreife nicht. Der Experte muss die maßgeblichen Umstände gegenüber seinem Mandanten im Detail bezeichnen und ihn konkret darauf hinweisen, dass diese Umstände Anlass zu einer dezidierten Prüfung einer möglichen Insolvenzzreife geben. Allerdings müssen weder der Steuerberater noch der Wirtschaftsprüfer eine eigenständige Überschuldungsprüfung vornehmen, wenn diese nicht explizit beauftragt wurde. Es besteht auch weder eine allgemeine Nachforschungspflicht, ob die Umstände die (Fortführungs-)Vermutung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB rechtfertigen, noch eine allgemeine Untersuchungspflicht von Insolvenzzgründen oder den wirtschaftlichen Verhältnissen.⁵⁰

Mit einer weitreichenden Anerkennung von Warn- und Hinweispflichten gegenüber dem Auftraggeber erfährt dann auch die (vertragliche) Dritthaftung eine Neubewertung. Auch Dritte, die erkennbar in den Schutzbereich einbezogen sind und von der Leistung Kenntnis nehmen (wie z.B. Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH), können bereits in einen solchen – erweiterten – Schutzbereich eines Vertrags einbezogen sein.⁵¹

Im Fall einer Prospektprüfung etwa ist der Wirtschaftsprüfer verpflichtet, auch dann auf Unrichtigkeiten, Unvollständigkeiten und Regelungslücken hinzuweisen, wenn sie zwar nicht unmittelbar Gegenstand des Prospektgutachtens sind, sich auf die Vollständigkeit und Richtigkeit des Prospekts aber auswirken können.⁵² Dies kann auch im Hinblick auf eine mögliche Insolvenz bzw. Insolvenzzreife sowie Fortführungsprognose relevant sein. Erst recht gilt dies im Rahmen allgemeiner Sanierungsberatung durch Wirtschaftsprüfer, bei der

aufgrund überlegener Sachkunde entsprechende Nebenpflichten zum Hinweis auf Insolvenzzreife bzw. Insolvenzzgefahr zu bejahen sind, wenn sich diese für den Experten erkennbar auf tun.⁵³ Schließlich kann ein etwaig geschuldetes Sanierungskonzept ohne Stellung eines Insolvenzantrags bei bestehender Insolvenzzreife von vornherein nicht erfolversprechend sein.

V. Zusammenfassung

1. Die Ausweitung des Gläubigerkreises sowie die Aushebelung vertraglicher Haftungsbeschränkungen machen vor dem Hintergrund der Gleichsetzung von Leichtfertigkeit und Vorsatz die Geltendmachung deliktischer Ansprüche für Geschädigte besonders attraktiv.
2. „Neue“ Beweiserleichterungen im Rahmen der Kausalität und weiter voranschreitende Präzisierungen der (Neben-)Pflichten tragen ihr Übriges zu dieser Entwicklung bei und dürften diese in Zukunft noch verstärken. Dies bezieht im Grundsatz Fallkonstellationen – wie im Fall Wirecard – mit ein, bei denen auf Gesellschaftsseite vorsätzlich „manipuliert“ wurde und die sich mit deliktischen Ansprüchen (Dritter) befassen.
3. In Fällen mit Kapitalmarktbezug sind Beweiserleichterungen die Regel, auch ohne unmittelbaren Prospektbezug. Im Rahmen deliktischer Anspruchsnormen kann hierauf ebenfalls zurückgegriffen werden.
4. Selbst wenn die Intention von Gesetzgeber und Rechtsprechung, nämlich die uferlose Inanspruchnahme von Wirtschaftsprüfern zu vermeiden, im Kern auch das Navigieren im Tatbestandsdiktum bestimmt, so mehren sich doch stetig und erkennbar die Haftungsgefahren und Fallstricke, denen Wirtschaftsprüfer – nicht zuletzt bei finanzieller Schieflage des Auftraggebers – ausgesetzt sind.
5. Aufgrund des Expertenstatus ergeben sich bei gegebenem Wissensgefälle umfassende Warn- und Hinweispflichten des Wirtschaftsprüfers, insbesondere betreffend Insolvenzzrisiken bzw. -reife. Dies gilt auch dort, wo der Mandatsgegenstand nicht originär auf solche Prüfungen ausgerichtet ist.

Dipl.-Volksw. **Dr. Eike Dirk Eschenfelder**, RA, ist Partner bei BRP Renaud und Partner Rechtsanwalts-gesellschaft mbB in Frankfurt a. M./Stuttgart. Er berät regelmäßig zu Berufs- und Organhaftungsfragen sowie Compliance-Themen.



46 BGH, 9.1.2020 – IX ZR 61/19, WM 2020, 551, Rn. 14; BGH, 21.6.2018 – IX ZR 80/17, WM 2018, 1988, Rn. 12, m.w.N.; jeweils zur anwaltlichen Beraterhaftung.

47 BGH, 26.1.2017 – IX ZR 285/14, NJW 2017, 1611, Rn. 44f., 50, BB 2017, 685 m. BB-Komm. Hüttemann, für den Fall der reinen Jahresabschlussstellung, was allerdings auch bei sonstigen allgemeinen Mandatierungen gelten dürfte, vgl. Pape, NZI 2019, 260, 263.

48 LG Düsseldorf, 20.12.2017 – 13 O 481/14, DStRE 2019, 183; vgl. auch OLG Düsseldorf, 20.12.2018 – 10 U 70/18, NZI 2019, 757, Rn. 14f.

49 BGH, 26.1.2017 – IX ZR 285/14, BB 2017, 685 m. BB-Komm. Hüttemann, NJW 2017, 1611, Rn. 44f., 50.

50 BGH, 26.1.2017 – IX ZR 285/14, BB 2017, 685 m. BB-Komm. Hüttemann, NJW 2017, 1611, Rn. 40, 47 ff.

51 BGH, 14.6.2012 – IX ZR 145/11, VersR 2013, 509, BB-Entscheidungsreport Schmid, BB 34/2012, V.

52 OLG Celle, 24.2.2020 – 18 U 6/19, BeckRS 2020, 43169, Rn. 24 ff.

53 OLG Köln, 13.10.2021 – I-2 U 23/21, juris, Rn. 27 ff.; LG Aachen, 14.4.2021 – 11 O 241/17, juris, Rn. 62 ff., 67.