

Die Haftung des gesetzlichen Abschlussprüfers – Mitverschulden, Ansprüche Dritter und Wege der Haftungsbegrenzung

Dr. WALTER DORALT, Hamburg*

Inhaltsübersicht

ZGR 2015, 266–304

I. Einleitung	267
II. Die Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft und das Problem des Mitverschuldenseinwands	269
1. Deutschland	270
2. Rechtsvergleichender Überblick	273
3. Bewertung	280
III. Die Haftung gegenüber Dritten	282
1. Abgrenzung zur Haftung gegenüber der Gesellschaft	282
2. Europa	284
3. Mögliche Ansprüche Dritter gegen den Abschlussprüfer – drei Modelle	285
4. Bewertung	291
IV. Modelle der Haftungsbegrenzung	292
1. Keine Haftung gegenüber Dritten und vertragliche Begrenzung (England)	292
2. Gesetzliche Haftungshöchstsummen	293
3. Begrenzung auf Grundlage des Honorars (Griechenland)	296
4. Sog. differenzierte Solidarität – Anteilhaftung (Schweiz)	296
5. Vertragliche Begrenzung für leichte Fahrlässigkeit (Frankreich)	297
6. Keine Begrenzung (Italien)	298
7. Bewertung	298
V. Zusammenfassende Thesen	302

Der Beitrag behandelt die Abschlussprüferhaftung in Deutschland und, rechtsvergleichend, in einigen weiteren europäischen Rechtsordnungen. Zunächst wird die Frage des Mitverschuldenseinwands des Abschlussprüfers gegenüber der geprüften Gesellschaft untersucht. Schäden der Gesellschaft können z. B. bei überhöht ausgewiesenen Gewinnen durch Steuern, Dividendenausschüttungen oder gewinnbezogene Bonuszahlungen an Mitarbeiter entstehen. Fehler im Jahresabschluss setzen einen fehlerhaften Entwurf des Jahresabschlusses voraus – diesen zu erstellen, obliegt allerdings der Geschäftsführung, nicht dem Prüfer. Unterbleibt die Aufdeckung der Fehler wegen Mängeln bei der Abschlussprüfung, stellt sich die Frage, ob ein schadensersatzpflichtiger Prüfer der geschädigten Gesellschaft das Verhalten ihrer Geschäftsführung als Mitverschulden entgehalten kann. Weil sich die Frage bei fast jeder denkbaren

* Der AUTOR ist wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Dieser Beitrag ist Helmut Koziol zum 7. April 2015 sehr herzlich gewidmet.

Sachverhaltskonstellation stellt, ist sie von erheblicher praktischer Bedeutung. In einem zweiten Teil wird die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten untersucht. Schäden Dritter können völlig unabhängig von Schäden der Gesellschaft entstehen. Nicht reflexartige Schäden Dritter können durch Ersatz an die Gesellschaft nicht abgewickelt werden. Für derartige Drittschäden besteht nur die Wahl, den Ersatz durch einen eigenen, direkten Anspruch Dritter gegen den Prüfer zuzulassen oder keinen Ersatzanspruch zu gewähren. Untersucht werden die deutsche Rechtslage sowie eine Reihe anderer Europäischer Rechtsordnungen. Auf dieser Grundlage werden die unterschiedlichen Bewertungen der betroffenen Interessen herausgearbeitet. In einem dritten Teil werden die verschiedenen Möglichkeiten einer Haftungsbegrenzung verglichen. Schließlich werden in einer Gesamtschau die Zusammenhänge zwischen den einzelnen behandelten Themenbereichen hergestellt und wesentliche Ergebnisse de lege lata und de lege ferenda in Thesenform zusammengefasst.

This paper takes a comparative approach to auditor liability in Europe. It first deals with the question of contributory negligence in the context of claims by the audited company against its auditor. An audited company can suffer losses due to the payment of taxes (based on overstated earnings), dividend payments or bonuses to employees, to name a few examples. The annual accounts are first prepared by the management and a possible negligent audit failing to detect these errors will therefore, in any event, raise the question of whether contributory negligence can reduce the liability risks for the auditor in this context. This article argues that contributory negligence should not be taken into account in this relationship and bases this result on a number of arguments. The second part of the article deals with the question of third party liability of the auditor. Losses of third parties can be fully independent of possible losses by the company and so, under every jurisdiction, channeling claims for these non-reflective third party losses through the audited company is not possible. The only choices are either to grant the third party a direct claim against the auditor or, instead, not to indemnify for these losses. The article analyses a number of European jurisdictions and their differing approaches. Finally, a third part deals with the possible modalities as to limiting auditor liability.

I. Einleitung

Im System der Corporate Governance nimmt der Abschlussprüfer¹ als Gatekeeper² eine zentrale Stellung ein. Ob und inwieweit eine schädigende Pflichtverletzung auch Haftungsfolgen nach sich zieht oder nach sich ziehen sollte, ist im Einzelnen umstritten. Die Haftung des Abschlussprüfers wird häufig in zumindest zwei Bereiche unterteilt: Einerseits geht es um Ansprüche der geprüften Gesellschaft, andererseits um Ansprüche Dritter.³ Da beide Berei-

1 Die Bezeichnung ist hier und im Folgenden geschlechtsneutral intendiert.

2 Dazu LEYENS, Abschlussprüfer, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, 1 ff; BINDER, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 181, 209; MERKT, Unternehmenspublizität, 2001, insb. S. 212, 299, 470 ff; COFFEE, The Acquiescent Gatekeeper: Reputational Intermediaries, Auditor Independence the Governance of Accounting, Columbia Law School, The Center for Law and Economic Studies, Working Paper No. 191 (2001); zur Haftung: WAGNER, FS Kirchner, 2014, S. 1067 ff.

3 Die Haftung gegenüber verbundenen Unternehmen der geprüften Gesellschaft wird hier ausgeklammert.

che auf unterschiedliche Weise dem Gläubiger- und Anlegerschutz dienen, werden sie in der rechtspolitischen Diskussion oft miteinander verbunden. Trotz der zahlreichen und oft komplizierten Detailprobleme sind dabei die allgemeinen Ziele des Schadensersatzrechts im Blick zu behalten: Neben dem Schadensausgleich dient es der Prävention, da eine mögliche Haftung Anreize zur Sorgfalt setzt und so zur Schadensvermeidung beiträgt.⁴ Angemessen sind dabei auch die Interessen der Abschlussprüfer. Die Erwartungen an die Abschlussprüfung sind oft groß, manchmal zu groß⁵ und behauptete Ansprüche nicht immer fundiert. Die Reputation des Prüfers kann dennoch bis zur Klärung unter erheblichen Druck geraten, der in Einzelfällen sogar durch gezielte Medienarbeit bewusst erhöht wird. Besonders mittlere und kleinere Prüfungsgesellschaften können so in erhebliche Bedrängnis geraten.⁶ Bedeutung für das Haftungsgefüge hat schließlich auch die (Pflicht-)Versicherung der Abschlussprüfer, die eine „tiefe Tasche“ schafft und so die Bereitschaft zur Anspruchsverfolgung erhöhen kann. Aus dieser Fülle von Problemfeldern werden hier nur einzelne Aspekte der Haftung des gesetzlichen Abschlussprüfers⁷ erörtert⁸ und rechtsvergleichende Schwerpunkte dort gesetzt, wo besondere Unterschiede zur deutschen Rechtslage zu beobachten sind.

4 WAGNER, in: Münchener Komm. z. BGB, 6. Aufl., 2013, Band 5, Unerlaubte Handlungen, Vorbemerkungen Rdn. 40.

5 Zum sog. expectation gap s. EBKE, in: Münchener Komm. z. HGB, 3. Aufl., 2013, § 317 Rdn. 66 mit zahlreichen N. in Fn. 275; MÜLLER, in: Claussen/Scherrer, Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, 2011, § 322 Rdn. 3 f.

6 Die sog. big four dürften dabei, trotz des hohen Werts der Reputation für ihr Geschäftsmodell, aus zwei Gründen tendenziell im Vorteil sein: Bereits aufgrund der enormen, weltweiten Ausmaße der Tätigkeit sind gelegentliche Fehler, Haftungsfälle und teilweise auch unberechtigte Vorwürfe nicht vollständig vermeidbar – Unternehmen in der Größe einer big four-Gesellschaft völlig ohne offene Streitfälle gibt es nicht. Das führt dazu, dass auch jede der vier großen Prüfungsgesellschaften zu jedem Zeitpunkt mit juristischen Auseinandersetzungen in dem einen oder anderen Markt konfrontiert ist. Da diese Tatsache alle vier betrifft und bekannt ist, liegt darin für dieses Marktsegment kein Unterscheidungskriterium, solange kein zusätzlicher, besonderer Reputationsverlust (über das „normale“ Ausmaß einer potentiellen Haftung hinaus) entsteht. Der zweite Vorteil der big four ist, dass sie große Prüfungsmandate weltweit ausführen können. Damit sind sie derzeit nur begrenzt ersetzbar, während kleinere und mittlere Prüfer meist durch eine Vielzahl anderer Prüfer ausgetauscht werden können.

7 Die folgenden Ausführungen beziehen sich daher nicht auf freiwillige Prüfungen und andere Leistungen des Abschlussprüfers oder von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften.

8 Nicht behandelt werden können die bedeutenden Aspekte der Versicherung, insb. der auch international üblichen Pflichtversicherungen. Ebenso nicht vertieft werden hier die bedeutenden Fragen des IPR der Abschlussprüferhaftung. S. dazu insb. EBKE, aaO (Fn. 5), § 323 HGB Rdn. 190 ff.

II. Die Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft und das Problem des Mitverschuldenseinwands

Die Geschäftsleiter trifft die Pflicht zur Buchführung.⁹ Der Abschlussprüfer hat nach § 323 Abs. 1 HGB gewissenhaft, unparteiisch und verschwiegen zu prüfen.¹⁰ Ein Schadensersatzanspruch gegen den Prüfer setzt normalerweise voraus, dass erstens der von den Geschäftsleitern erstellte Jahresabschluss fehlerhaft war, zweitens der Prüfer dies pflichtwidrig nicht aufgedeckt hat und drittens die Gesellschaft in der Folge einen Schaden erlitten hat (beta-Risiko). Fehlt eine dieser Voraussetzungen, scheidet der Schadensersatzanspruch gegen den Prüfer.¹¹

Das hier interessierende Problem ist, ob sich die geschädigte, klagende Gesellschaft das Fehlverhalten ihrer Geschäftsleiter entgegenhalten lassen muss. Bejaht man dies, so kann der wegen seiner Pflichtverletzung zur Verantwortung gezogene Abschlussprüfer mit dem Mitverschuldenseinwand die eigene Haftung reduzieren oder ihr sogar ganz entgehen. Weil die Problemstellung voraussetzt, dass der von der Geschäftsleitung aufgestellte Entwurf des Jahresabschlusses fehlerhaft war, ist die Frage des Mitverschuldenseinwands für beinahe jeden Haftungsfall, in dem eine Gesellschaft von ihrem Prüfer Ersatz fordert, praktisch relevant.¹² Wegen dieser Bedeutung und weil die rechtsver-

9 Im Grundsatz kann die Pflicht zur Buchführung bereits aus den allgemeinen Organisationspflichten der Geschäftsleiter abgeleitet werden, das Gesetz ordnet sie aber sogar ausdrücklich an (§ 41 GmbHG bzw. § 91 AktG, jeweils i. V. m. § 329 HGB).

10 Zu den Pflichten s. auch § 316 HGB und EBKE, aaO (Fn. 5), § 316 HGB Rdn. 1 ff.

11 Daneben gibt es das sog. alpha-Risiko. Zu den Begriffen: FORSTER/GOERDELER/LANFERMANN/MÜLLER/SIEPE/STOLBERG, in: Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl., 2000, § 317 HGB Rdn. 150; BERTEL/FRÖHLICH, Der Ablauf von Jahresabschlussprüfungen, in: Koziol/W. Doralt, Abschlussprüfer, Haftung und Versicherung, 2004, Rdn. 6. Beim alpha-Risiko geht es um die pflichtwidrige Verweigerung des uneingeschränkten Testats durch den Prüfer, obwohl der Jahresabschluss korrekt war. Praktisch ist dieses Risiko außerordentlich selten, weil bei vorhandenen Zweifeln üblicherweise Rücksprache mit den Geschäftsleitern gehalten wird, um die Einschränkung oder Verweigerung des Bestätigungsvermerks zu vermeiden (s. etwa MÜLLER, aaO [Fn. 5], § 322 HGB Rdn. 13). Meist kann der Prüfer durch zusätzliche Informationen von den Ansätzen überzeugt werden oder es erfolgt eine Korrektur im Sinne seiner Bedenken. Sind Meinungsverschiedenheiten nicht zu beheben, ist an die Möglichkeit der Voranfrage (pre-clearance) bei der DPR zu denken (vgl. MÜLLER, aaO [Fn. 5], § 323 HGB Rdn. 67). Wenn auch auf diesem Weg keine Lösung erzielt wird, die Gesellschaft einen Schaden erleidet und Schadensersatz fordert, wird das alpha-Risiko für die Haftung praktisch relevant. Diese praktisch seltene Entwicklung wird hier nicht vertieft.

12 Die Kausalität einer Pflichtverletzung ist dabei stets genau zu prüfen, weil Schäden bereits oft vor der Prüfung entstehen, so dass die Kausalität fehlt. Typische Folgeschäden eines fehlerhaften Jahresabschlusses der Gesellschaft, für die sich die Frage der Haftung von Prüfer und Geschäftsleiter stellen kann, sind die Ausschüttung von Divi-

gleichenden Ergebnisse nicht mit dem deutschen Recht übereinstimmen, soll das Problem hier untersucht werden.¹³

1. Deutschland

Die aufgegriffene Frage ist in der Lehre umstritten.¹⁴ Nach einer Ansicht soll der beklagte Prüfer die Handlungen der, bis dahin meist abberufenen, Geschäftsleiter als Mitverschulden der Gesellschaft zumindest dann einwenden können, wenn die Fehler im Jahresabschluss auf deren vorsätzliche Täuschung zurückgehen, während der Prüfer hingegen lediglich fahrlässig gehandelt hat.¹⁵ Denkbar ist auch, dass beide Seiten bloß fahrlässig gehandelt haben.¹⁶ Im Schrifttum aus der Praxis überwiegt die Ansicht, dass der Mitverschuldenseinwand zulässig sei (wobei allerdings die unmittelbaren Eigeninteressen an der Entschärfung möglicher Schadensersatzansprüche zu berücksichtigen sind).¹⁷

denden auf nur vermeintlich erzielte Gewinne (wobei eine Rückforderung an § 32 GmbHG bzw. § 62 Abs. 1 AktG scheitert), nicht rückforderbare Prämienzahlungen an Mitarbeiter oder die Leistung von Steuern auf – vermeintliche – Gewinne (für die eine Rückforderung i. d. R. ebenso ausscheidet; vgl. § 34 AO i. V. m. § 173 AO).

- 13 Nicht näher betrachtet werden hingegen die Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Geschäftsleiter. Soweit solche Ansprüche für dieselben Schäden bestehen, kommt eine solidarische Haftung der Geschäftsleiter und des Abschlussprüfers in Frage. Für die Leistungsfähigkeit beim Regressanspruch im Innenverhältnis ist die wachsende Verbreitung der D&O-Versicherung von Bedeutung, so dass auch aus Sicht der Abschlussprüfer eine solche Versicherung wünschenswert erscheint.
- 14 Vgl. zum Meinungsspektrum EBKE, aaO (Fn. 5), § 323 HGB Rdn. 74; HOPT/MERKT, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl., 2014, § 323 Rdn. 7; HABERSACK/SCHÜRNBAND, in: Staub/Canaris/Habersack/Schäfer, Großkomm. z. HGB, 5. Aufl., 2010, § 323 Rdn. 37 f, alle m. w. N.
- 15 EBKE, aaO (Fn. 5), § 323 HGB Rdn. 74. SOMMERSCHUH, Berufshaftung und Berufsaufsicht: Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte und Notare im Vergleich, 2003, S. 183 f.
- 16 Weitere Fallgruppen sind theoretisch denkbar: Vorsatz des Prüfers neben bloßer Fahrlässigkeit der Geschäftsleiter sowie Vorsatz des Prüfers und Vorsatz der Geschäftsleiter. Diese dürften aber sehr selten sein und werden daher hier nicht näher betrachtet. Dazu SOMMERSCHUH, aaO (Fn. 15), S. 183 f; WÖLBER, Die Abschlussprüferhaftung im Europäischen Binnenmarkt, 2005, S. 63 f; vgl. auch BORMANN/GREULICH, in: Münchener Komm. zum Bilanzrecht, 2013, § 323 Rdn. 104 ff.
- 17 S. WINKELJOHANN/FELDMÜLLER, in: Beck'scher Bilanz-Komm., 9. Aufl., 2014, § 323 Rdn. 121 ff, insb. 123, die im Wesentlichen der Ansicht EBKE, aaO (Fn. 5), § 323 HGB Rdn. 74, folgen. Zugelassen wird der Mitverschuldenseinwand auch bei FORSTER/GOERDELER/LANFERMANN/MÜLLER/SIEPE/STOLBERG, aaO (Fn. 11), § 323 HGB Rdn. 135 ff; vgl. aber hingegen MÜLLER, aaO (Fn. 5), § 323 HGB Rdn. 81 ff; DERS. in: Wellhöfer/Peltzer/Müller, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 24 Rdn. 89.

Der BGH hat die Frage vor wenigen Jahren entschieden.¹⁸ Nach dem festgestellten Sachverhalt kann dem Prüfer zunächst kein vollständiges Versagen vorgeworfen werden. Im Zuge der Prüfung wurden einige Punkte kritisch hinterfragt. Die in der Folge eingetretenen Verfehlungen belegen aber die Auswirkungen des strukturell angelegten Unabhängigkeitsproblems, also der Sorge vor dem Mandatsverlust bei allzu nachdrücklicher Kontrolle:¹⁹ Das Testat wurde nämlich uneingeschränkt erteilt, obwohl die zuvor angeforderten Bankbestätigungen weiterhin nicht vorlagen. Auch für die vom Prüfer konkret hinterfragten Auszahlungen des Geschäftsführers an sich selbst bestand keine Rechtsgrundlage.²⁰ Obwohl der Prüfer damit nachweislich die Probleme erkannt hatte und sogar nachgefragt hatte, wurden sie in der Folge ignoriert. Der siebente Senat ließ den Mitverschuldenseinwand zu. Das ist in Anbetracht dieses Sachverhalts erstaunlich.

Gegen die Zulässigkeit des Mitverschuldenseinwands bestehen grundlegende Bedenken.²¹ Ziel der externen Rechnungslegung insgesamt ist es, neben der

18 BGH v. 10. 12. 2009, VII ZR 42/08, NJW-Spezial 2010, 144.

19 Dieses Problem wird in Zukunft die externe Rotation abschwächen. Sinnvoll und notwendig wäre allerdings neben der Rotationspflicht, dass der Prüfer für eine mehrjährige Dauer bestellt wird. Dazu MAX PLANCK INSTITUTE WORKING GROUP ON AUDITOR INDEPENDENCE, EBOR 2012, 89 ff.

20 Die dem Prüfer vorliegenden Protokolle der Verwaltungsratssitzung, in der über eine Erhöhung der Geschäftsführerbezüge diskutiert worden war, belegten, dass es keinen entsprechenden Beschluss gegeben hatte.

21 S. bereits HECK, AcP 140 (1935), 154, 164 ff, der dieses Ergebnis mit Bezug auf einen Sachverhalt vor Einführung der Pflichtprüfung für eine freiwillige Prüfung bereits aus den Vertragspflichten heraus begründet; erst recht muss das für die Pflichtprüfung gelten. S. ebenso bereits FRH. v. GODIN/WILHELMI, Aktiengesetzkommentar, 2. Aufl., 1950, § 141 Rnd. 658; KROPPF, in: Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz Kommentar, 1973, § 168 Rdn. 27. Aus jüngerer Zeit: SCHATTKA, Die Europäisierung der Abschlussprüfung, 2012, S. 307 f; MÜLLER, aaO (Fn. 5), § 323 HGB Rdn. 81 ff; HABERSACK/SCHÜRNBRAND, aaO (Fn. 14), § 323 HGB Rdn. 37 f; FÖLSING, ZRFC 2009, 76; DERS., ZCG 2010, 80 f; W. DORALT/HELLGARDT/HOPT/LEYENS/ROTH/ZIMMERMANN, Auditors' Liability and its Impact on the European Financial Markets, Cambridge Law Journal (CLJ) 2008, 67(1), 62, 66; PENTZ, in: Münchener Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2008, § 49 Rdn. 37 (Gründungsprüfer); SCHULZE-OSTERLOH, FS Canaris, 2007, S. 379 (der den Mitverschuldenseinwand für die fehlerhafte Erstellung des Jahresabschlusses ablehnt, ihn hingegen mit überzeugenden Argumenten dort für gerechtfertigt hält, wo die Geschäftsführung und damit die Gesellschaft ihre Mitwirkungspflichten verletzt, so dass etwa eine Verzögerung entsteht, die vom Prüfer nicht verursacht wurde); KOZIOL/W. DORALT, FS P. Doralt, 2004, S. 337; jüngst ebenso gegen die Zulässigkeit des Mitverschuldenseinwands in dieser Konstellation WAGNER, Die mangelhafte Haftungsverfassung der Finanzmärkte: Verantwortlichkeit von Wirtschaftsprüfern gegenüber dem Anlegerpublikum, in: Calliess, Transnationales Recht, 2014, S. 312. Sehr einschränkend auch ZIMMER, in: Ulmer, GroßKommHGB/Bilanzrecht, 2002, § 323 Rdn. 40 ff; BÄRENZ, BB 2003, 1781, 1783 f.

internen Rechnungslegung für die Gesellschaft²² auch für Dritte eine zuverlässige Informationsgrundlage zu schaffen.²³ Die Abschlussprüfung reduziert die Fehlerwahrscheinlichkeit. Stellt man sich vor, es gäbe keine verpflichtende Abschlussprüfung, so müssten sich interessierte Adressaten der internen und externen Rechnungslegung allein auf die von Geschäftsleitern erstellten Informationen verlassen. Das war bis zur Einführung der Pflichtprüfung der Fall. Aufgrund der bis dahin gesammelten Erfahrungen (und Verfehlungen) hat der Gesetzgeber die verpflichtende Kontrolle durch unabhängige, externe Sachverständige angeordnet.²⁴ Man hatte erkannt, dass in bestimmten Situationen gefährliche Anreize zur bewussten Fehldarstellung der Ertrags-, Finanz- und Vermögenslage im Jahresabschluss verleiten können.²⁵ Unternehmenszusammenbrüche mit enormen Massenschäden hatten diesen Lernprozess begleitet und schließlich zum Eingriff des Gesetzgebers geführt.²⁶

Die gesetzlichen Vorgaben sind dabei maßvoll geblieben und bis heute effizient: Die Pflichtprüfung und die Veröffentlichung des Jahresabschlusses machen eine erneute Prüfung durch den einzelnen Gläubiger verzichtbar.²⁷ Vom Prüfer wird ein „gesundes Misstrauen“ erwartet.²⁸ Er schuldet aber nach allgemeinem Konsens keine Unterschlagungsprüfung und muss seine Prüfungsplanung folglich nicht auf kriminelle Handlungen ausrichten, sofern keine entsprechenden Anhaltspunkte vorliegen. Soweit bereits bei regulärer Prüfung Unregelmäßigkeiten auffallen, muss deren Aufdeckung vom Prüfer allerdings erwartet werden können. Wesentliche Fehler im Entwurf des Jahresabschlusses sind vor der Erteilung eines uneingeschränkten Testats auf-

22 Zur Rolle des Prüfers, zum Prüfungsbericht und zu den Schnittstellen mit dem Aufsichtsrat MÜLLER, *Der Prüfungsbericht des Abschlussprüfers als Instrument der Corporate Governance*, 2013 (insb. S. 118 ff).

23 Zu den Zwecken der handelsrechtlichen Rechnungslegung im Einzelnen BAETGE/KIRSCH/THIELE, *Bilanzen*, 12. Aufl., 2012, S. 93 ff.

24 Die Einführung war schon längere Zeit erwogen worden. Rechtsvergleichend gab es bereits bekannte Vorbilder. Zur Diskussion vor der Einführung ist auch auf den 34. Deutschen Juristentag 1926 zu verweisen, insb. auf die Berichterstattung von PINNER, 650 ff (in: *Verhandlungen des Deutschen Juristentages*, herausgegeben von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, 1926), in der sich unter anderem eine Auseinandersetzung mit dem englischen Recht findet. Dazu MERKT, aaO (Fn.2), S. 471 f.

25 Zur Frage der Zurechnung dieser Handlungen und des Wissens der Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft KOZIOL/W.DORALT, FS P. Doralt, S. 341 ff.

26 Zum Kontext und zu den Schwierigkeiten der Einführung gegen die Widerstände der Wirtschaft die Darstellung bei MERKT, aaO (Fn. 2), S. 471 f S. auch HABERSACK, in: *Münchener Komm. z. AktG*, 3. Aufl., 2008, Einleitung Rdn. 20; SENNINGER, *Harmonisierung der Abschlussprüfung in der EU*, 2011, S. 29 ff; W. DORALT, *Haftung der Abschlussprüfer*, 2005, Rdn. 30 ff (zur Entwicklung in Deutschland und Österreich).

27 Anders selbstverständlich in Ausnahmefällen, so etwa, wenn es um den Erwerb der Gesellschaft oder eines wesentlichen Anteils geht.

28 So auch IDW, PS 210.

zudecken und die Geschäftsführung zur Berichtigung zu drängen.²⁹ Denn aufgrund der Entwicklungsgeschichte der Pflichtprüfung ist zu unterstellen, dass der Gesetzgeber den Prüfer nicht als Sicherungsinstanz zur Vermeidung von Tippfehlern im Jahresabschluss und zur „Fahnenkorrektur“ zwingend eingeführt hat, sondern weil eine externe Prüfung durch einen unabhängigen Sachverständigen für erforderlich gehalten worden war und diese erkennbare, wesentliche Fehler aufdecken sollte.

Dass der Gesetzgeber bereits zum Zeitpunkt der Einführung der Pflichtprüfung davon ausging und noch heute davon ausgeht, eine geprüfte Gesellschaft könne bei einem Pflichtverstoß des Abschlussprüfers Schäden erleiden, die dieser der Gesellschaft ersetzen muss, ist durch die gesetzliche Haftungshöchstgrenze belegt. Denn gerade darin berücksichtigt der deutsche Gesetzgeber die Interessen der Prüfer vor einer ausufernden haftungsrechtlichen Verantwortung. Eine solche Regelung wäre kaum sinnvoll, jedenfalls aber nicht erforderlich, wenn der Prüfer für die konkrete Pflichtverletzung und den entstandenen Schaden nicht einstehen müsste, weil die Verantwortung der Geschäftsleiter jene des Prüfers verdrängt. Genau das wäre jedoch das Ergebnis, wenn der Mitverschuldenseinwand in dieser Situation durchgreifen würde.

2. Rechtsvergleichender Überblick

a) Österreich

Der Vergleich mit Österreich ist an dieser Stelle besonders interessant, denn die Pflichten des Prüfers sind aus historischen Gründen ähnlich wie in Deutschland geregelt.³⁰ Der weit überwiegende Teil der Lehre lehnt den Mitverschuldenseinwand unter Verweis auf die Funktion der Abschlussprüfung jedoch ab³¹ und auch aus praktischer Sicht ist die Frage als entschieden zu

29 Dem entsprechen auch die Prüfungsstandards, so etwa der IDW PS 302 n. F. (und die Klarstellungen i. d. F. v. 23. 8. 2013), wo festgelegt ist, dass Bestätigungen Dritter nicht über die zu prüfende Geschäftsleitung, sondern bei Dritten auf direktem Wege anzufordern sind und sogar zum Versand nähere Vorgaben bestehen, so dass durch die direkte Übermittlung an den Prüfer Fälschungen vermieden werden sollen. Eine solche Regel als anerkannter Berufsstandard ergibt nur dann einen Sinn, wenn Fälschungen abstrakt stets für möglich gehalten werden müssen. S. LG Hamburg v. 12. 6. 2013, BeckRS 2013/10766.

30 Näher zur historischen Entwicklung W. DORALT, aaO (Fn. 26), Rdn. 30 ff.

31 STECKEL, in: Torggler, UGB Kommentar, 2013, § 275 Rdn. 28; FRABERGER/PETRITZ, in: Hirschler, Bilanzrecht Kommentar, 2010, § 275 Rdn. 76 f; P. DORALT/DIREGGER, in: Münchener Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2008, § 49 Rdn. 58; KOZIOL/W. DORALT, FS P. Doralt, S. 341 ff; DEHN, ÖBA 2002, 377, 384 f; GELTER, RdW 2001, 69, 71; VAVROVSKY, ÖBA 2001, 577, 585; ARTMANN, JBl 2000, 623, 632; KAROLLUS/ARTMANN, WT 1998, 40;

betrachten, weil der Oberste Gerichtshof (OGH) in einer Grundsatzentscheidung den Mitverschuldenseinwand ausgeschlossen hat: „Zunächst ist der ... Auffassung entgegenzutreten, vom Zweck der Abschlussprüfung sei die Aufdeckung vorsätzlicher strafbarer Handlungen des Vorstandes zum Schaden der Gesellschaft nicht umfasst... Der Prüfbericht ... hat daher auch den Zweck, eine vorsätzlich unrichtige Rechnungslegung des Vorstandes zum Schaden der Gesellschaft aufzudecken und damit eine weitere Schädigung der geprüften Gesellschaft durch weiteres rechtswidriges Verhalten des Vorstands zu verhindern.“³²

b) England

In England sind die Pflichten des Abschlussprüfers in Part 16 Companies Act 2006 (ssec. 475 ff.) geregelt. Die hier interessierende Frage ist bislang jedoch nicht eindeutig gelöst.³³ Eine Entscheidung findet sich zu einer bestimmten Facette des Problems – nämlich zur Fahrlässigkeit des Managements neben der Fahrlässigkeit des Prüfers.³⁴ Entschieden wurde, dass die geschädigte klagende Bank sich das Verschulden ihres kriminellen Mitarbeiters zurechnen lassen musste.³⁵ Der konkrete Mitarbeiter war ein angestellter Händler, kein Geschäftsleiter und die Geschäftsleitung hatte keine angemessene Aufsicht über die Tätigkeit dieses Mitarbeiters ausgeübt. Der Sachverhalt betraf den Zusammenbruch der traditionsreichen Barings Bank und war Anlass für eine Reihe weiterer Verfahren zwischen den Parteien, darunter auch eines, in dem darüber gestritten wurde, ob ein representation letter der Geschäftsführung zur Entlastung des Prüfers führte. Darin wurden dem Prüfer bestimmte Tatsachen zugesichert, so dass dieser in der Folge, unter Verweis auf die Täuschung, seine Verantwortung bestritt. Leider wurde die Frage nicht geklärt,

NOWOTNY/STERL/ZEHETNER/GELTER, in: IWP, Wirtschaftsprüfer Jahrbuch 1998, S. 145 f; in ähnlichem Zusammenhang HEINRICH, Bonitätsprüfung im Verbraucherkreditrecht, 2014, S. 184 f. Für die Möglichkeit des Mitverschuldenseinwands hingegen ZEHETNER, in: Jabornegg/Strasser, Aktiengesetz Kommentar, 5. Aufl., 2011, § 42 Rdn. 26; BYDLINSKI, FS Ostheim, 1990, S. 370, Fn. 77.

32 OGH v. 23. 10. 2000, 8 Ob 141/991 (BHI), abgedruckt in ÖBA 2001, 560 ff. Zu den bemerkenswerten Einzelheiten des Falles W. DORALT, aaO (Fn. 26), Rdn. 30 ff.

33 Ausdrücklich LORD MANCE in der Entscheidung *Moore Stephens (a firm) v Stone Rolls Limited (in Liquidation)*, [2009] UKHL 39 bei Rdn. 275, der auch deshalb die Mehrheitsentscheidung bedauerte, den Rechtsstreit bereits aufgrund der Vorfrage zu beenden, statt für eine gerichtliche Klärung des Problems zu sorgen; ebenso DAVIES/WORTHINGTON, Gower & Davies: Principles of Modern Company Law, 9. Aufl., 2012, Rdn. 22–39.

34 Der Fall betraf den Zusammenbruch der Barings Bank in der ersten Hälfte der 1990er Jahre: *Barings Plc (in liquidation) v. Coopers & Lybrand*, [2003] EWHV 1319 (Ch.).

35 Mangels Instanzenzug kam der Fall leider nicht vor den Supreme Court (zu dem Zeitpunkt noch House of Lords).

weil nach den Feststellungen des Gerichts keine Täuschungsabsicht der Geschäftsleiter, sondern bloß eine – insoweit gutgläubige – Wissenserkklärung vorlag. Weder den Geschäftsleitern, noch dem Prüfer, war die abweichende dramatische Lage bekannt. Ob eine solche Bestätigung den Prüfer entlasten kann, wenn sie in Täuschungsabsicht gegeben wird, ist daher bislang offen.³⁶

Zu erwähnen ist eine weitere Entscheidung,³⁷ die allerdings nur auf den ersten Blick mehr Klarheit zu bringen scheint: Vom Insolvenzverwalter einer Gesellschaft war eine Klage gegen den Prüfer eingebracht worden und das House of Lords hatte zu entscheiden, ob der Anspruch bereits an einer Vorfrage scheitern müsste. Konkret ging es um einen Geschäftsleiter,³⁸ der den Prüfer über den tatsächlichen Zustand der Gesellschaft getäuscht und ihm seine eigenen kriminellen Handlungen verschwiegen hatte. Die Besonderheit des Falles lag darin, dass der Geschäftsleiter gleichzeitig Alleingesellschafter war. Die Gesellschaft wurde von ihm ausschließlich für großangelegte Betrugshandlungen gegenüber Banken genutzt, denen durch geschickte Täuschungen Kredite entlockt worden waren (Schadenshöhe über \$ 94 Mio.). Geschäftsleiter und Geld waren zum Zeitpunkt des Zusammenbruchs der Gesellschaft unauffindbar. Der Insolvenzverwalter, der vom Prüfer Schadensersatz forderte, sah sich dem Einwand der Klageunzulässigkeit ausgesetzt, weil niemand von eigenen kriminellen Handlungen profitieren sollte (*ex turpi causa non oritur actio*).³⁹ Eine zentrale Frage war, ob die Handlungen des Geschäftsleiters der Gesellschaft zuzurechnen waren. Die Mehrheit der Richter hatte das in der konkreten Situation bejaht. Im Ergebnis wurde die Betrugshandlung des Geschäftsleiters nicht als dessen eigene Handlung, sondern als Handlung der Gesellschaft gewertet und mit einer Mehrheit von drei⁴⁰ zu zwei⁴¹ der *ex-turpi causa*-Einwand zugelassen. In den Ausführungen der Mehrheit werden die ungewöhnlichen Umstände des Sachverhalts betont.⁴² Nach Ansicht der Mehrheit bestand zumindest abstrakt das Risiko, dass der kriminelle Geschäftsleiter als Alleingesellschafter durch den Schadensersatzanspruch indi-

36 S. dazu OLIPHANT, *Auditors' Liability in England*, in: Koziol/W. Doralt, *Abschlussprüfer, Haftung und Versicherung*, 2004, Rdn. 25. Missverständlich insoweit DAVIES/WORTHINGTON, aaO (Fn. 33), Rdn. 22-39 und das Zitat in Fn. 239.

37 *Moore Stephens (a firm) v Stone Rolls Limited (in Liquidation)*, [2009] UKHL 39, [2008] EWCA Civ 644.

38 Im konkreten Fall ging es um einen shadow director; der Begriff ist in sec. 251 des UK Companies Act 2006 näher definiert. S. dazu W. DORALT, *Managerpflichten in der englischen Limited, Companies Act Kommentar*, 2011, sec. 251 Rdn. 1 ff m. w. N.

39 Vertreten wurde der Abschlussprüfer, der die Pflichtwidrigkeit und deren Kausalität für die Schäden für diesen Verfahrensabschnitt anerkannte, u. a. von *Jonathan Sumption*, QC, mittlerweile *Lord Sumption* und Mitglied des Supreme Court.

40 *Lord Phillips*, *Lord Walker* und *Lord Brown*.

41 Dissenting *Lord Scott* und *Lord Mance*.

42 Vgl. DAVIES/WORTHINGTON, aaO (Fn. 33), Rdn. 22-39; FERRAN, FS Hopt, 2010, S. 645, 652 ff.

rekt begünstigt werden könnte. Daher wurde bereits auf der Ebene der Vorfrage gegen die Zulässigkeit der Klage des Insolvenzverwalters entschieden. *Lord Mance* (dissenting) lehnte das Ergebnis ab, nicht weil die Gesellschaft in der konkreten Situation schutzbedürftig gewesen wäre, sondern aufgrund der Gläubigerinteressen, um die es in diesem Streit eigentlich ging.⁴³ Wegen der Beendigung dieses Verfahrens im Stadium der Vorfrage, bleibt die Rechtslage in England deshalb, bis auf weiteres, unklar.⁴⁴

c) Frankreich

Die commissaires aux comptes sind für Pflichtprüfungen in Frankreich zuständig. Die entsprechenden Regelungen finden sich in Art. L 820–1 ff. Code de commerce.⁴⁵ In Art. L. 822-17 ist ihre Haftung geregelt. Daneben bleibt das allgemeine Deliktsrecht und insbesondere die Generalklausel des Art. 1382 Code civil relevant. Die Gerichte beziehen sich in ihren Entscheidungen teilweise auf die Bestimmung des Code de commerce, teilweise auf das Deliktsrecht.⁴⁶

Klargestellt wird im Gesetz, dass Prüfer nicht für Pflichtverstöße der Geschäftsleiter verantwortlich sind, es sei denn, dass sie in Kenntnis der Verstöße untätig bleiben und den Berichtspflichten gegenüber den Gesellschaftern oder dem zuständigen Organ nicht nachkommen.⁴⁷ Im Haftungsfall ist bei der Prüfung durch eine Prüfungsgesellschaft nach einer Entscheidung der Cour

43 Bei Insolvenznähe, in der sich die Gesellschaft stets befunden hatte, seien Gläubigerinteressen vorrangig zu berücksichtigen und daher die Betrachtung der Mehrheit verfehlt: Denn nicht die Gesellschaft, oder gar der Gesellschafter, würden vom Schadenersatz profitieren, sondern ausschließlich die Gläubiger (*LORD MANCE*, aaO [Fn. 33], Rdn. 206 ff). S. dazu insb. *STEFFEK*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, 2011, S. 259 ff; *W. DORALT*, aaO (Fn. 38), sec. 172 Rdn. 18 ff; *BACHNER*, Creditor Protection in Private Companies, 2009.

44 Für eine sorgfältige Aufarbeitung der offenen Fragen s. *POWELL/STEWART/JACKSON*, Jackson & Powell on Professional Liability, 7. Aufl., 2014, 17, insb. 17-052 ff, 17-087.

45 Ausführlich *ROBERT*, Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables, 2011, 28 ff und zur Entwicklung in Frankreich 2 ff.

46 *ROBERT*, aaO (Fn. 45), 21 ff. Geschuldet wird grundsätzlich eine obligation de moyen: *MERLE*, Droit Commercial, Sociétés commerciales, 16. Aufl., 2013, Rdn. 519 (nur ausnahmsweise eine obligation de résultat, woraus allerdings eine erhebliche Verschiebung der Beweislast resultiert; s. *SENNINGER*, aaO [Fn. 26], S. 174); *GERMAIN/MAGNIER*, Les sociétés commerciales, 21. Aufl., 2014, Rdn. 1743, alle m. w. N. Auf Deutsch s. *SCHATTKA*, aaO (Fn. 21), S. 84; zur früheren Rechtslage *WÖLBER*, aaO (Fn. 16), S. 126 ff.

47 Art. L 822–17 Abs. 3: Les commissaires aux comptes „... ne sont pas civilement responsables des infractions commises par les dirigeants et mandataires sociaux, sauf si, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas signalées dans leur rapport à l’assemblée générale ou à l’organe compétent...“ Ob diese Klarstellung im Gesetz nötig war, ist umstritten. S. *ROBERT*, aaO (Fn. 45), 35 f.

de Cassation der handelnde Prüfer stets persönlich neben der Prüfungsgesellschaft schadenersatzpflichtig.⁴⁸

Im Grundsatz sind Geschäftsleiter der geprüften Gesellschaft und Prüfer jeweils nur für die eigenen Pflichten und, bei Verstößen, nur für die jeweils verursachten Schäden verantwortlich. Wird derselbe Schaden sowohl von den Geschäftsleitern als auch vom Prüfer pflichtwidrig und schuldhaft verursacht, kommt es zur solidarischen Haftung.⁴⁹ Der Ausgleich findet im Innenverhältnis statt.⁵⁰ Eine Verringerung der Haftung des pflichtwidrigen Abschlussprüfers kommt in Betracht, wenn die Kontrolleinrichtungen der Gesellschaft nicht adäquat waren. Insbesondere gilt das, wenn der Abschlussprüfer von den Gesellschaftsorganen die Einführung bestimmter Kontrollmechanismen verlangt hatte und ihm nicht gefolgt wurde.⁵¹ Grundsätzlich ist aber sonst die Berufung auf das Mitverschulden der Gesellschaft wegen Verfehlungen ihrer Geschäftsleiter ausgeschlossen.

Abgesehen von den noch getrennt zu erörternden Fragen der Haftung gegenüber Dritten und der Haftungseingrenzung ist eine Besonderheit des französischen Schadenersatzrechts bei grober Fahrlässigkeit und bei Vorsatz zu beachten: Die Ersatzpflicht umfasst dann nicht bloß vorhersehbare Schäden.⁵² Hingegen scheidet die Haftung des Prüfers – selbstverständlich – aus, wenn Fehler oder Manipulationen trotz sorgfältiger Prüfung nicht zu erkennen waren.⁵³

48 *Cour de Cassation, chambre commerciale (Cass. com.)*, v. 23.3.2010, N° de pourvoi: 09-10791, Bulletin 2010, IV, n° 60: „... attendu que le commissaire aux comptes agissant en qualité d'associé, d'actionnaire ou de dirigeant d'une société titulaire d'un mandat de commissaire aux comptes répond personnellement des actes professionnels qu'il accomplit au nom de cette société, quelle qu'en soit la forme...“ Dazu LE CANNU/DONDERO, *Droit des sociétés*, 4. Aufl., 2012, Rdn. 523.

49 *Cass. com.*, v. 14.12.2004, N° de pourvoi: 01-02511 : „...chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité sans qu'il y ait lieu de tenir compte du partage de responsabilités qui n'affecte que les rapports réciproques entre les responsables et non l'étendue de leurs obligations envers la partie lésée...“ Insoweit irreführend zu dieser Entscheidung die Zusammenfassung bei CHARVÉRIAT/COURET/ZABALA/MERCADAL, *Sociétés Commerciales*, 46. Aufl., 2014, Rdn. 78153. S. hingegen LANGÉ, *Commissaire aux comptes, Jurisclasseur Société*, Band 5, Fascicule 134–25, Stand 22.5.2009 (Loseblatt), Rdn. 51 ff.

50 *Cass. com.*, v. 14.12.2004, N° de pourvoi: 01-02511; LANGÉ, aaO (Fn. 49), Rdn. 49 ff, 54 f.

51 S. CHARVÉRIAT/COURET/ZABALA/MERCADAL, aaO (Fn. 49), Rdn. 78153; MESTRE/VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés Commerciales*, 2011, Rdn. 1350, insb. 1354 m. w. N.

52 Bei schwerem Verschulden sind also auch für die Vertragshaftung ungewöhnliche Kausalverläufe vom Abschlussprüfer (ggf. solidarisch mit den Geschäftsleitern) zu verantworten. Vgl. allg. dazu VINEY/JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 3. Aufl., 2006, Rdn. 605 m. w. N. (krit. zum Stand der Rspr. bei Rdn. 607).

53 LANGÉ, aaO (Fn. 49), Rdn. 48.

d) *Belgien*

Die Haftung der commissaires aux comptes ist in Belgien primär in Art. 140 Code des sociétés geregelt. Demnach kommt eine Haftungsbefreiung nur in Betracht, wenn den eigenen Pflichten genügt wurde (Abs. 2). Aus dem Wortlaut ergibt sich (e-contrario), dass der Einwand des Mitverschuldens ausgeschlossen ist, wenn der Prüfer seine Pflicht verletzt hat.

e) *Italien*

Die Verantwortung des Revisore contabile ist in Italien seit 2010 in einer eigenen Verordnung geregelt⁵⁴ In Art. 15 wird darin ausdrücklich die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber der geprüften Gesellschaft gemeinsam mit der Haftung der Gesellschaftsorgane, solidarisch, angeordnet.⁵⁵ Der Ausgleich erfolgt auch hier im Innenverhältnis.⁵⁶ Der Einwand des Mitverschuldens der geprüften Gesellschaft wegen Fehlverhaltens ihrer Organe steht dem Abschlussprüfer im Verhältnis zur geprüften Gesellschaft nicht zu.⁵⁷ Dies entspricht der bereits früher in Italien etablierten Rechtslage, für die auf den Zweck der Abschlussprüfung verwiesen wurde:⁵⁸ Der im italienischen Schuldrecht allgemein geltende Grundsatz, das Mitverschulden des Geschädigten zu berücksichtigen, findet im Hinblick auf den Zweck der Prüfung keine Anwendung.⁵⁹

54 Decreto Legislativo v. 27. 1. 2010, n. 39, Gazzetta Ufficiale v. 23. 3. 2010, n. 68 – Supplemento Ordinario n. 58. Gegenüber der früheren Rechtslage in Art. 209-sexies des Codice Civile hat sich allerdings für die hier interessierenden Fragen wohl nichts verändert: s. nur FERRUCCI/FERRENTINO, Società di Capitali, Società Cooperative e Mutue Assicuratrici, 2. Aufl., 2012, Band I, Rdn. 37.5. (S. 747 f).

55 Art. 15 (1) Decreto Legislativo v. 27. 1. 2010, n. 39: „I revisori legali e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l’incarico di revisione legale...“

56 Art. 15 (1) Decreto Legislativo v. 27. 1. 2010, n. 39: „... Nei rapporti interni tra i debitori solidali, essi sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato.“ S. zur Reform AMATUCCI, Giurisprudenza commerciale 2012, 864, 873 ff.

57 Vgl. dazu GIUDICI, ECGI Working Paper N. 155/2010, 24 f (mit einer Aufarbeitung ökonomischer und vergleichender Argumente zu den europäischen Reformüberlegungen).

58 S. SCARSO, Abschlussprüferhaftung in Italien, in: Koziol/W. Doralt, Abschlussprüfer, Haftung und Versicherung, 2004, Rdn. 19 ff zum früheren Stand der Lehre und Rspr. m. w. N.

59 Vgl. ADDANTE, Danno e Responsabilità 2003, 353, 362 m. w. N.

f) Schweiz

Die Haftung der Revisionsstelle ist in Art. 755 OR geregelt.⁶⁰ Auch in dieser Norm wird eine solidarische Haftung mit den Verwaltungsorganen gemeinsam angeordnet. Das betrifft nicht nur die Haftung der Revisionsstelle, sondern auch jene der Verwaltungsorgane der Gesellschaft bei mehreren Ersatzpflichtigen. Regelmäßig wurde eine Entschärfung gefordert⁶¹ und der Gesetzgeber ist dem in Art. 759 OR mit der sogenannten differenzierten Solidarität nachgekommen.⁶² Diese entwickelt einen bereits an anderer Stelle im OR verankerten allgemeinen Ansatz fort: Im schweizerischen Haftungsrecht kann bei leichtem Verschulden die Haftung generell reduziert werden.⁶³ In Fortführung dieses Gedankens wurde in Art. 759 OR für die Haftung der Revisionsstelle und der Geschäftsleiter eine spezifische Regelung eingeführt, die es dem Gericht im Einzelfall ermöglicht, bei leichtem Verschulden von der im Grundsatz angeordneten solidarischen Haftung aller Verursacher eines Schadens direkt im Außenverhältnis zu befreien. Die Haftung wird dann auf jenes Maß reduziert,⁶⁴ das ohne diese Regel nach dem Ausgleich im Innenverhältnis der solidarisch Haftpflichtigen beim Prüfer verbleiben würde.⁶⁵ Konkret soll diese Höhe anhand des Verschuldens und des Verursachungsbeitrags festgelegt werden,⁶⁶ wobei die Umstände des Einzelfalls an-

60 BERTSCHINGER, in: Watter/Bertschinger, Basler Kommentar, Revisionsrecht, 2011, Art. 755 Rdn. 1 ff, 8 ff; GERICKE/WALLER, in: Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., 2012, Art. 755 Rdn. 1 ff, Art. 759 Rdn. 1 a ff. Zur Haftung gegenüber Dritten s. auch FLÜHMANN, Haftung aus Prüfung und Berichterstattung gegenüber Dritten, 2004, S. 25 ff.

61 S. die N. bei GERICKE/WALLER, aaO (Fn. 60), Art. 755 OR Rdn. 1 ff; v. DER CRONE, SZW 2006, 2 ff m. w. N.

62 Art. 759 OR: „1 Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist. 2 Der Kläger kann mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt. 3 Der Rückgriff unter mehreren Beteiligten wird vom Richter in Würdigung aller Umstände bestimmt.“

63 S. bereits Art. 43 Abs. 1, Art. 44 und Art. 99 OR.

64 GERICKE/WALLER, aaO (Fn. 60), Art. 755 OR Rdn. 1 ff, insb. 3; BERTSCHINGER, aaO (Fn. 60), Art. 755 OR Rdn. 46; BLUMER, Bilanzkosmetik und Schadenersatz, 2007, S. 213 ff.

65 So etwa Bundesgericht Entscheid (BGE) v. 4.11.2002, 2A.252/2002/bmt; BGE v. 21.1.2004, H 267/02; BGE v. 19.1.2006, H 94/05; BGE v. 27.6.2006, 132 III 564; BGE v. 4.1.2012, 4A_468/2011; BGE v. 4.2.2013, 4A_435/2012; s. auch die N. bei CORBOZ, in: Tercier/Amstutz, Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2008, Art. 759 Rdn. 15 ff.

66 Soweit es um die Frage des Pflichtverstoßes geht, gilt für die nähere Definition der Pflicht auch nach schweizerischem Recht, dass von der Revisionsstelle eine skeptische Grundhaltung, Nachfragen bei Zweifeln und die Überprüfung der erhaltenen Angaben

gemessen zu berücksichtigen sind.⁶⁷ Vom Risiko, im Innenverhältnis keinen vollständigen Regress nehmen zu können, ist die Revisionsstelle damit befreit. Anzumerken ist, dass der Wortlaut der Bestimmung des Art. 759 OR die Tragweite der Entlastung nicht deutlich macht⁶⁸ (wohl aber die Entscheidungen des Bundesgerichts). Gelegentlich wurde darüber hinaus gefordert, eine direkte gesetzliche Beschränkung der Haftung der Revisionsstelle in gleicher Höhe wie bei der differenzierten Solidarität einzuführen. Das wäre im Ergebnis eine reine anteilige Haftung. Der Gesetzgeber ist dem bislang nicht gefolgt.⁶⁹ Dass im Schrifttum betont wird, die Haftung der Revisionsstelle setze eine pflichtwidrige Verursachung des Schadens voraus,⁷⁰ erscheint selbstverständlich.

3. Bewertung

Die meisten der betrachteten Rechtsordnungen verwehren dem beklagten Abschlussprüfer eine Entlastung durch den Mitverschuldenseinwand. Dem deutschen Recht am ähnlichsten ist dabei die Gesetzeslage in Österreich, wo die Rechtsprechung den Mitverschuldenseinwand unter Verweis auf die Funktion des Prüfers und auf den Zweck der Pflichtprüfung nicht berücksichtigt. Auch in Italien, Frankreich und Belgien kommt eine Entlastung des Prüfers nicht in Betracht. In England ist die Rechtslage bislang nicht geklärt.

In diesem Zusammenhang findet sich im praktischen Schrifttum nicht selten der Hinweis, eine Entlastung durch den Mitverschuldenseinwand sei bereits

gefordert wird. S. Bundesgericht v. 3. 8. 2009, 4A_65/2008; dazu auch BERTSCHINGER, aaO (Fn. 60), Art. 755 OR Rdn. 60.

67 Art. 759 Abs. 3. Zur prozessualen Vereinfachung in Abs. 2 s. CORBOZ, aaO (Fn. 65), Art. 759 OR Rdn. 22 ff.

68 Das gilt teilweise auch für die Hinweise im Schrifttum. Vgl. CORBOZ, aaO (Fn. 65), Art. 759 OR Rdn. 17 ff; v. DER CRONE, SZW 2006, 2 ff. Deutlich hingegen BERTSCHINGER, ZSR 2005, 569, 592, der die Entlastung im Außenverhältnis begrüßt und für weitergehende Entlastungen eintritt: „Das Grundproblem des Abschlussprüfers liegt darin, dass er selbst alles richtig machen kann, und trotzdem haftbar wird.“ Eine damit implizierte Garantiehafung ist allerdings auch dem schweizerischen Recht in der Konstellation – selbstverständlich – fremd. Die Literatur zur Abschlussprüferhaftung ist häufig interessengeleitet.

69 S. dazu SETHE, Rechtspolitische Überlegungen zur Haftung der Revisionsstelle, in: Weber/Isler, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, 2012, S. 131 f m. w. N. sowie die entsprechenden Forderungen zur Entschärfung in dem genannten Sinn BÖCKLI/BÜHLER, FS Boemle, 2008, S. 235.

70 GERICKE/WALLER, aaO (Fn. 60), Art. 755 OR Rdn. 1 ff. Vgl. zu diesem in der Schweiz überraschend oft diskutierten Problem die genaue Aufarbeitung der Entwicklung bei SCHAUER, FS Delle Karth, 2013, S. 781, 786 ff.

deswegen erforderlich, weil das kleinste Prüferversehen zu enormen Schäden und Haftungsrisiken führen könne, während für dieselben Schäden den Geschäftsleitern häufig schwereres Verschulden vorzuwerfen sei. Die Argumentation klingt zwar auf den ersten Blick plausibel, trifft aber nur beschränkt zu. Denn wird der Grundsatz der Wesentlichkeit für die Prüfungsplanung und für die Prüfungsdurchführung beachtet, so können im Regelfall wesentliche Fehler im Jahresabschluss durch entsprechende Schwerpunktsetzungen vermieden werden. Enorme Schäden und damit Haftungsfolgen drohen vorrangig dann, wenn Planung oder Durchführung der Prüfung nicht dem Wesentlichkeitsgrundsatz entsprechen.⁷¹ Entsprechend bringen typischerweise kleinere Versehen das Risiko kleinerer Schäden mit sich, schwere Fehler bei der Prüfungsplanung und Durchführung hingegen tendenziell das Risiko größerer Schäden und damit auch entsprechende Haftungsfolgen. Die genannten Rechtsordnungen, in denen der Mitverschuldenseinwand nicht greift, tragen damit auch dem Wesentlichkeitsgrundsatz in typisierter Weise Rechnung. Wenn hingegen dennoch ausnahmsweise ein geringes Versehen zu einem enormen Schaden führt, hält lediglich das schweizerische Recht eine – im Sinne des Prüfers – befriedigende Lösung bereit. Die solidarische Haftung kann gerichtlich in eine anteilige Haftung umgewandelt werden.

Demgegenüber bringt die Entscheidung des BGH⁷² im Ergebnis eine außerordentlich fragwürdige Interessenlage: Der Prüfer, der pflichtwidrig einen fehlerhaften Jahresabschluss uneingeschränkt bestätigt hat, muss hoffen, dass die Geschäftsleiter nicht bloß sorglos, sondern kriminell waren. Hingegen kommt es nach der Rechtsprechung nicht darauf an, wie auffällig die Fälschung war. Auf Grundlage des geltenden deutschen Rechts ist diese Lösung nicht überzeugend und sollte überdacht werden. Sie wird der Rolle des Abschlussprüfers und seiner zentralen Kontrollfunktion nicht gerecht. Gerade bei kriminellen Fälschungen sind Gesellschaften besonders häufig mit erheblichen Folgeschäden konfrontiert,⁷³ etwa durch Dividendenausschüttungen auf der Grundlage bloß vermeintlicher Gewinne,⁷⁴ durch Zahlung nicht rück-

71 Dazu SCHMIDT, in: Beck'scher Bilanz-Komm., 9. Aufl., 2014, § 317 HGB Rdn. 103 ff; MEKAT, Der Grundsatz der Wesentlichkeit in der Rechnungslegung und Abschlussprüfung, 2009, im Zusammenhang mit der Haftung des Prüfers s. insb.: S. 199 ff; zur entsprechenden Abstimmung der Prüfungsplanung und -durchführung S. 155 ff, 163 ff.

72 Der kürzlich beispielsweise auch das LG Hamburg v. 12. 6. 2013, BeckRS 2013/10766 in einer ausführlichen Entscheidung gefolgt ist, die allerdings in diesem Punkt ebenso zu überdenken wäre. Gleiches gilt für die Entscheidung des OLG Saarbrücken v. 18. 7. 2013, NZG 2013, 1077.

73 SCHATTKA, aaO (Fn. 21), S. 307 f.

74 S. § 32 GmbHG und § 62 Abs. 1 AktG.

forderbarer Mitarbeiterprämien oder Steuern. Schäden aufgrund weiterer krimineller Handlungen kommen oftmals hinzu (z. B. fortgesetzte Untreue). Gerade in diesen Fällen ist für jene Fehler, die bei regulärer Prüfung auffallen müssen, nicht ersichtlich, warum der Prüfer durch die kriminelle Energie der zu kontrollierenden Geschäftsleiter entlastet wird.

Die Verantwortung der Geschäftsführung bleibt daneben unvermindert – bei eigener schädigender Pflichtwidrigkeit trifft sie eine strenge Haftung. Besteht eine Verantwortlichkeit für denselben Schaden, kommt es zur solidarischen Haftung des Prüfers und der Geschäftsleiter mit einem Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis. War ein Fehler hingegen bei der Abschlussprüfung nicht zu entdecken, fehlt für die Handlung des Prüfers die Kausalität seines Pflichtverstoßes und eine Ersatzpflicht entfällt. Ebenso muss der Schadensersatzanspruch scheitern, wenn die Fälschung so gut gelungen ist, dass sie trotz sorgfältiger Prüfung nicht aufgedeckt wurde – dann fehlt bereits die Pflichtwidrigkeit des Prüfers. Allgemein hat die Prüfung wesentliche Fehler aufzudecken und dafür trägt der Prüfer auch die Verantwortung. Der Mitverschuldenseinwand sollte an dieser Stelle daher nicht entlastend eingreifen.

III. Die Haftung gegenüber Dritten

1. Abgrenzung zur Haftung gegenüber der Gesellschaft

Die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber der Gesellschaft und die Haftung gegenüber Dritten werden in der rechtspolitischen Diskussion nur selten isoliert betrachtet. Trotz der erheblichen Unterschiede ist es zumindest rechtspolitisch sinnvoll, stets beide Aspekte zu berücksichtigen. Aus Sicht des Prüfers ist jede Haftung ein Kostenfaktor und ein Risiko. Aus Sicht der Geschädigten geht es um die Frage, ob für einen eingetretenen Schaden Ersatz gefordert werden kann. Aus Sicht des Gesetzgebers stellt sich zudem die Frage nach den angemessenen Anreizen zur Sorgfalt, also der präventiven Wirkung der Haftung.

Für die Unterscheidung der Haftung gegenüber der Gesellschaft und der Haftung gegenüber Dritten kann an die verschiedenen Schäden angeknüpft werden. Für das Gesellschaftsrecht prägend ist der Grundsatz der Binnenhaftung, so dass Ansprüche generell über die Gesellschaft abgewickelt werden. Die Gesellschaft als juristische Person kann damit den Ersatz für die in ihrer Sphäre eingetretenen Vermögensschäden einfordern. Allfällige indirekte Schäden Dritter (Reflexschäden) können durch Ersatzleistung an die Gesellschaft zudem meist effizienter ausgeglichen werden. Zu den typischen Schäden der Gesellschaft im Zusammenhang mit einer pflichtwidrigen Abschlussprüfung zählen Vermögensdispositionen auf der Grundlage eines falschen Jahres-

abschlusses, etwa eine Dividendenausschüttung,⁷⁵ Mitarbeiterprämien, die Entrichtung von Steuern⁷⁶ oder die Kosten einer neuen Prüfung und damit verbundene Beratungsaufwendungen. Diese Schäden können durch eine mangelhafte Prüfung mitverursacht sein. Allfällige, bereits davor entstandene Schäden fallen hingegen nicht in den Verantwortungsbereich des Prüfers – so etwa der Verlust der Gesellschaft durch die erstmalige Untreue eines Geschäftsleiters.

Eine direkte Haftung gegenüber Dritten setzt zunächst voraus, dass diese einen über den Reflexschaden hinausgehenden, eigenen Schaden erlitten haben. Derartige Schäden treffen Dritte in jeweils unterschiedlichem Ausmaß und häufig mit unterschiedlichem Kausalverlauf. Zu denken ist etwa daran, dass mangels Aufdeckung der tatsächlichen finanziellen Lage der Gesellschaft ein Anteilskauf noch zu Bedingungen erfolgt, zu denen dieser nicht stattgefunden hätte, wenn eine pflichtgemäße Prüfung den fehlerhaften Jahresabschluss verhindert hätte. Durchaus möglich ist allerdings, dass die Gesellschaft selbst in einem solchen Fall überhaupt keinen vom Prüfer verursachten eigenen Schaden erlitten hat (etwa, weil auf Grundlage des fehlerhaften Jahresabschlusses noch keine Steuern oder Dividenden geleistet wurden, bevor die Aufdeckung der Täuschung der Geschäftsleiter und der tatsächlichen Lage erfolgt). Folglich scheidet bereits konzeptionell ein Anspruch der Gesellschaft in einer derartigen Situation mangels Schadens der Gesellschaft aus. Gleichzeitig kann aber bei Dritten, die auf Grundlage des fehlerhaften Jahresabschlusses Anteile der Gesellschaft erworben oder Kredit gewährt haben, ein erheblicher Schaden bis hin zum Totalverlust eintreten. Das Schadensausmaß trifft Dritte dann ungleichmäßig, je nachdem, zu welchem Zeitpunkt sie mit der Gesellschaft eine Verbindung eingegangen sind und je nachdem, ob es sich um einen Anteilserwerb oder um eine Kreditgewährung handelt.⁷⁷ Hier stellt sich die Frage des direkten An-

75 S. § 32 GmbHG und § 62 Abs. 1 AktG, wodurch eine Rückforderung der Dividenden im Regelfall ausscheidet.

76 Diese sind i. d. R. nicht rückforderbar; vgl. § 34 AO i. V. m. § 173 AO.

77 Praktisch sind in diesem Zusammenhang immer wieder unhaltbare Argumentationen anzutreffen. Dazu folgende Beispiele: Aktien einer Gesellschaft werden am 1.4. nach Durchsicht des eben veröffentlichten Jahresabschlusses zu einem Kurs von € 100 erworben. Bis zum 1.6. bewegt sich der Kurs zwischen € 95 und € 125. Tatsächlich war die Gesellschaft bereits im Zeitpunkt der Testatserteilung materiell insolvent. Gerüchte über finanzielle Engpässe und möglicherweise sogar kriminelle Handlungen erreichen die Medien; der Kurs fällt zwischen 1.6. und 15.6. auf € 45. Am 16.6. werden Bilanzfälschungen und die wahre finanzielle Lage bekannt – der Kurs erreicht binnen Minuten einen neuen Tiefststand unter € 1. Aktionäre, die bereits seit Jahren beteiligt waren, sind jedoch entgegen oftmals anzutreffender Behauptungen nicht durch den pflichtwidrigen Prüfer geschädigt und haben keinen Ersatzanspruch gegen diesen, weil sie nicht auf Grundlage des fehlerhaft geprüften Jahresabschlusses ge- bzw. verkauft haben. Ebenso scheidet aber deren denkbare Argumentation aus, dass beispielsweise der Kurs am 1.4.

spruchs gegen den Prüfer – der indirekte Ersatz durch einen Anspruch der Gesellschaft scheidet für diese Schäden aus. Denn selbst wenn die Gesellschaft ebenfalls einen Schaden durch die Pflichtverletzung des Prüfers erlitten hat, handelt es sich dabei um einen anderen Schaden. Für Schäden Dritter, die keine Reflexschäden sind, muss sich jede Rechtsordnung die Frage stellen, ob sie einen direkten Ersatzanspruch gegen den pflichtwidrigen Prüfer gewährt und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen.⁷⁸

2. Europa

Eine europäische Rechtsvereinheitlichung fehlt in diesem Bereich bislang. Zwar hat die Europäische Kommission hatte vor einigen Jahren eine Regelung erwogen und eine Konsultation eingeleitet.⁷⁹ Als deren Ergebnis wurde eine Empfehlung an die Mitgliedsstaaten abgegeben, die Haftung der Abschlussprüfer zu begrenzen.⁸⁰ Verbindliche Rechtsakte sind auf europäischer Ebene aber nicht gefolgt und dürften in absehbarer Zeit auch nicht zu erwarten sein.

noch bei € 100 lag und man bei pflichtgemäßer Abschlussprüfung bereits an diesem Tag zu dem Tageskurs, also € 100, verkauft hätte, während nun, im Juni, der Kurs nahe bei null läge. Gleiches gilt für die Argumentation, man hätte andernfalls bis 1.6. zu Kursen zwischen € 95 und € 125 verkauft oder aber wenigstens vor dem 16.6. zu einem Kurs von noch über € 45. Übersehen wird dabei, dass bei pflichtgemäßer Prüfung und Aufdeckung der Fehler nicht erst am 16.6. der Kurs auf nahezu null gefallen wäre, sondern bereits Monate früher. Auf Grundlage falscher Informationen gebildete, historische Tageskurse können daher keinen Anhaltspunkt für die Schadensberechnung eines fiktiven Verkaufspreises geben. S. dazu den Sachverhalt der Entscheidung BGH v. 4. 12. 2012, VI ZR 379/11, BeckRS 2013, 00260.

78 Zu den damit verbundenen Implikationen auf Ebene des IPR EBKE, aaO (Fn. 5), § 323 HGB Rdn. 191 ff; vgl. in einem ähnlich gelagerten Kontext die Lösungsansätze von DUTTA, IPRax 2014, 33 ff.

79 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Haftung von Abschlussprüfern: Konsultation zu möglicher Reform der Haftungsbestimmungen in der EU, 18. 1. 2007, IP/07/60; dazu DORALT/HELLGARDT/HOPT/LEYENS/ROTH/ZIMMERMANN, CLJ 2008, 67(1), 62, 66; FLORES, EBOR 2011, 415; EBKE, FS Stürner, 2013, S. 1001 ff; DERS., FS Westermann, 2008, S. 873 ff.

80 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Empfehlung v. 5. 6. 2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften (2008/473/EG), Amtsblatt der Europäischen Union v. 21. 6. 2008, L 162/39.

3. Mögliche Ansprüche Dritter gegen den Abschlussprüfer – drei Modelle

a) Keine Haftung (England, Deutschland)

aa) England

Für England ist die Leitentscheidung *Caparo Industries plc v Dickman*.⁸¹ Darin hatte das House of Lords entschieden, dass der Abschlussprüfer im Grundsatz nur gegenüber der geprüften Gesellschaft verantwortlich ist. Ohne das Hinzutreten einer sogenannten special relationship zwischen Prüfer und Dritten besteht in diesem Verhältnis keine Sorgfaltpflicht (duty of care) und daher im Fall der schädigenden Pflichtverletzung auch kein Anspruch.⁸² Nicht abschließend geklärt ist, wann eine ausreichende Beziehung Dritter im Sinne einer special relationship besteht.⁸³ Bereits in *Carparo* findet sich dazu folgender Hinweis von *Lord Bridge*:⁸⁴

„... that the defendant knew that his statement would be communicated to the plaintiff, either as an individual or as a member of an identifiable class, specifically in connection with a particular transaction or transactions of a particular kind (e.g. in a prospectus inviting investment) and that the plaintiff would be very likely to rely on it for the purpose of deciding whether or not to enter upon that transaction or upon a transaction of that kind.“

Praktisch bedeutend ist eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung zu Unternehmensgruppen. Für den Auditor der Tochtergesellschaften wird regelmäßig eine special relationship zur Muttergesellschaft, und damit dieser gegenüber eine duty of care, angenommen, weil bestimmte Entscheidungen normalerweise auch auf Grundlage der Ergebnisse der Abschlussprüfung der Tochtergesellschaft getroffen werden.⁸⁵ Die in *Caparo* allgemein von *Lord Bridge* aufgestellten Kriterien sind dabei in der Regel zwar erfüllt,⁸⁶ weil keine unüberschaubare Anzahl von Anlegern sondern nur die eine Muttergesellschaft zur Ersatzforderung berechtigt wird. Das dabei implizite Ziel der Eingrenzung der Haftung wird damit aber im Ergebnis nicht unbedingt erfüllt. Denn die Dispositionen der Muttergesellschaft mit Bezug auf eine 100%-Tochtergesellschaft haben oft ein weitaus größeres Schadenspotential als etwa die Dispositionen einer Gruppe von Kleinanlegern. Während aber der Muttergesellschaft gegenüber die duty of care besteht und diese geschützt wird, scheidet der Anspruch für sonstige Investoren aus. Schlüssig erscheint

81 [1990] 1 All ER 568, [1990] UKHL 2, [1990] 2 AC 605.

82 WALTER, Charlesworth & Percy on Negligence, 12. Aufl., 2010, Rdn. 2–19 ff.

83 Die damit verbundene Unsicherheit betont ROGERS, Winfield and Jolowicz on Tort, 18. Aufl., 2010, Rdn. 5.8.

84 [1990] 2 AC 621; s. dazu OLIPHANT, aaO (Fn. 36), Rdn. 35. S. auch DAVIES/WORTHINGTON, aaO (Fn. 33), Rdn. 22–42 ff.

85 Für die Abgrenzungen s. DAVIES/WORTHINGTON, aaO (Fn. 33), Rdn. 22–44 ff.

86 Für eine klare Darstellung des aktuellen Standes s. POWELL/STEWART/JACKSON, aaO (Fn. 44), 17–030 ff.

das nur, wenn man die Sorge vor uferloser Haftung primär auf die Anzahl der Geschädigten bezieht, nicht hingegen auf das Schadenspotential selbst, das nicht notwendigerweise mit der Anzahl der „kleinen“ Geschädigten zunimmt.

Die weitgehende Entlastung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten durch *Caparo* führt in der Praxis dazu, dass in bestimmten Situationen vom Abschlussprüfer direkt Bestätigungen erbeten werden, etwa vor einem größeren Anteilerwerb,⁸⁷ oder dass einzelne Dritte eine vertiefte eigene Prüfung vornehmen, soweit ihnen das ermöglicht wird. Die wichtigste Konsequenz ist, dass bestimmte Schäden in England trotz Vorliegen einer Pflichtverletzung und Kausalität keinen Ersatzanspruch auslösen.

bb) Deutschland

In Deutschland ist gesetzlich in § 323 HGB nur die Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft und gegenüber verbundenen Unternehmen ausdrücklich geregelt. Umstritten ist, ob und wenn ja, auf welcher Grundlage, gegenüber Dritten Ansprüche bestehen. Ausgangspunkt dafür ist die restriktive Haltung des BGB gegenüber dem Ersatz reiner Vermögensschäden außerhalb eines Vertrages.⁸⁸ Die komplexen Fragen der Haftung des Prüfers gegenüber Dritten können an dieser Stelle nicht im Detail erörtert werden.⁸⁹ Beim Schutz Dritter auf der Grundlage eines Auskunftsvertrags, soweit dieser nicht ausdrücklich besteht, ist die Rechtsprechung zurückhaltend geblieben.⁹⁰ Für den Anspruch aus Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter gegen den Abschlussprüfer wurde der Parteiwillen betont und für erforderlich gehalten, dass die Parteien Dritte in den Schutzbereich tatsächlich einbeziehen wollten.⁹¹ Die hohen Anforderungen sind für diese Anspruchsgrundlagen dogma-

87 Vgl. dazu etwa *Morgan Morgan Crucible Co Plc v. Hill Samuel & Co Ltd*, [1991] Ch 295 CA.

88 S. dazu WAGNER, aaO (Fn. 4), Unerlaubte Handlungen, Vorbemerkungen Rdn. 1 ff; EBKE, aaO (Fn. 5), § 323 HGB Rdn. 85 ff; HABERSACK/SCHÜRNBRAND, aaO (Fn. 14), § 323 HGB Rdn. 52 ff; GROTHEER, Die Verantwortung des Wirtschaftsprüfers für fehlerhafte Kapitalmarktinformation, 2011; FAUST, AcP 210 (2010), 555 ff; KERSTING, Die Dritthaftung für Informationen im Bürgerlichen Recht, 2007 (konkret zu Verantwortung des Abschlussprüfers S. 545 ff); MAGNUS, Abschlussprüferhaftung in Deutschland, in: Koziol/W. Doralt, Abschlussprüfer, Haftung und Versicherung, 2004, Rdn. 37 ff; GRUNEWALD, ZGR 1999, 583 ff; CANARIS, ZHR 163 (1999), 206; DERS., JZ 1998, 603; HIRTE, Berufshaftung, 1996 (insb. S. 57 ff); HOPT, AcP 183 (1983), 608. Zum verwandten Problem der Ratings HAAR, DB 2013, 2489.

89 Dazu EBKE, aaO (Fn. 5), § 323 HGB Rdn. 85 ff; HABERSACK/SCHÜRNBRAND, aaO (Fn. 14), § 323 HGB Rdn. 52 ff; HOPT/MERKT, aaO (Fn. 14), § 323 HGB Rdn. 8.; SEIBT/WOLLENSCHLÄGER, DB 2011, 1378.

90 S. die ausführlichen N. zum erreichten Stand bei EBKE, aaO (Fn. 5), § 323 HGB Rdn. 124 ff; HABERSACK/SCHÜRNBRAND, aaO (Fn. 14), § 323 HGB Rdn. 55.

91 Dazu EBKE, aaO (Fn. 5), § 323 HGB Rdn. 132 ff; HABERSACK/SCHÜRNBRAND, aaO

tisch konsequent, denn soweit eine vertragliche Anspruchsgrundlage für Dritte bemüht wird, muss der Vertrag zumindest einen Anknüpfungspunkt als Grundlage bieten. Gleichzeitig ergibt sich daraus, dass Ansprüche Dritter auf diesem Weg praktisch nicht oder nur sehr schwer zu begründen sind. Stattdessen auf § 826 BGB auszuweichen erscheint generell, ebenso wie im konkreten Zusammenhang, fragwürdig, zumindest aber dogmatisch nicht befriedigend. Soweit es um den Willen des Gesetzgebers geht, müsste gerade § 826 BGB mit Zurückhaltung eingesetzt werden. Überlegenswert erscheint es hingegen, der Abschlussprüfung Schutzgesetzcharakter zuzuerkennen, auch wenn der aktuelle Konsens dem entgegensteht.⁹² Historisch betrachtet wurde die verpflichtende Abschlussprüfung zumindest ebenso deutlich im Interesse Dritter eingeführt, wie im Interesse der Gesellschaft. Ohne den Schutz von Interessen Dritter zu berücksichtigen, lässt sich nicht erklären, dass der Gesetzgeber die Gesellschaft zur Prüfung zwingt und nicht einmal bei einstimmiger Entscheidung der Gesellschafter von der Pflicht zur Abschlussprüfung abgewichen werden kann.⁹³ Auch die Veröffentlichungspflicht des Jahresabschlusses und des Testats betont die Orientierung an Drittinteressen.⁹⁴ Ob das Gesetz tatsächlich den Drittschutz bezweckt, ohne Dritten jedoch einen Anspruch zuzuerkennen, ist eine Wertungsfrage. Gründe lassen sich für beide Standpunkte finden. Im Gesetz fehlt aber jedenfalls eine ausdrückliche Regelung und die Rechtsprechung ist bislang außerordentlich zurückhaltend geblieben. Faktisch ist damit in Deutschland die Frage der Haftung gegenüber Dritten für die fehlerhafte Pflichtprüfung vorrangig ein theoretisches und weniger ein praktisches Problem geblieben.⁹⁵

(Fn. 14), § 323 HGB Rdn. 56 ff. Vgl. jüngst allerdings, wenn auch im Zusammenhang mit einem Prospektfall, BGH v. 24. 4. 2014, III ZR 156/13, abgedruckt etwa in DStR 2014, 1515 (Anm. JURETZEK).

- 92 Dass sich eine solche Sichtweise ändern kann, belegt das Beispiel der Insolvenzantragspflicht.
- 93 Im Hinblick auf den Minderheitenschutz ließe sich noch rechtfertigen, dass nur bei qualifizierter Mehrheit oder Einstimmigkeit auf die Abschlussprüfung verzichtet werden kann.
- 94 Die zunehmende Ausweitung der Aufgaben der Abschlussprüfung betont auch stärker die Drittinteressen. Vgl. BINDER, aaO (Fn. 2), 550; für eine gesetzliche Regelung BORMANN/GREULICH, aaO (Fn. 16), § 323 HGB Rdn. 170 f. Für die Haftung gegenüber Dritten LUTTER, ZSR 2005, 415, 448, s. auch SENNINGER, aaO (Fn. 26), S. 178 ff; HALBLEIB, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers gegenüber Anlegern am Kapitalmarkt, 2010, S. 66 ff; RICHTER, Die Dritthaftung der Abschlussprüfer, 2005, insb. S. 297 ff, wo für eine Haftung gegenüber Dritten bei grober Fahrlässigkeit plädiert wird. Mit sorgfältigen und ökonomisch unterlegten Argumenten SCHATTKA, aaO (Fn. 21), insb. bei S. 201 ff.
- 95 In anderen Bereichen, als der hier interessierenden gesetzlichen Abschlussprüfung, sind Angehörige des Berufsstandes häufiger praktisch mit dem Problem der Haftung konfrontiert, etwa im Zusammenhang mit Prospekten oder wegen Beratungsfehlern.

*b) Von der Rechtsprechung entwickelte Haftung gegenüber Dritten
(Österreich, Griechenland)*

aa) Österreich

In Österreich war die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten lange Zeit nicht geklärt und in der Lehre umstritten.⁹⁶ In einer Grundsatzentscheidung aus 2001 hat der OGH den Abschlussprüfer gegenüber einem Anleger, der eine Anleihe gezeichnet hatte, zum Ersatz verpflichtet.⁹⁷ Der Abschlussprüfer hatte sich, entgegen den Grundsätzen sorgfältiger Prüfung, nur die Kopie eines Belegs angesehen, auf dem eine wesentliche Forderung gegen eine Großbank ausgewiesen war (in Höhe von ca. € 23 Mio., was etwas mehr als dem halben Wert der Aktivseite entsprach). Tatsächlich gab es keine Forderung – der Kopie lag eine Fälschung zu Grunde. Bereits wegen der absoluten Höhe des Betrags wäre das ein Anwendungsbeispiel für den Wesentlichkeitsgrundsatz gewesen. Erst recht wäre die Forderung als wesentlich einzustufen gewesen, wenn man das Verhältnis zur Bilanzsumme bedenkt. Eine besonders sorgfältige und genaue Überprüfung dieser Forderung wäre also ohne Zweifel geboten gewesen. Wirtschaftlicher Hintergrund der in dem Jahresabschluss nicht erkennbaren tatsächlichen finanziellen Lage war die über Jahre hindurch immer weitergehende Veruntreuung von Gesellschaftsmitteln durch den Vorstandsvorsitzenden. Ein deswegen schließlich drohender Liquiditätsengpass wurde durch die Emission der Anleihe noch einmal abgewendet. Der OGH begründete die Haftung gegenüber den geschädigten Investoren auf der Grundlage eines Vertrags mit Schutzwirkung zu deren Gunsten.⁹⁸ Allerdings wurde der Vertrag vom Gericht in weiten Teilen der Parteiendisposition entzogen, so dass im Ergebnis die Bezeichnung als Vertrag (mit Schutzwirkung) unglücklich gewählt erscheint. Eher dürfte in der Sache von einer gesetzlichen, objektiv-rechtlichen Grundlage auszugehen sein.⁹⁹

96 S. dazu insb. ARTMANN, JBl 2000, 623, deren sorgfältige Argumentation gegen die Sperrwirkung von § 275 HGB (nunmehr UGB) vom OGH übernommen wurde (OGH 5 Ob 262/01 t); KALSS, ÖBA 2002, 187; DIES., ÖBA 2000, 641; SCHAUER, RdW 1999, 290.

97 OGH 27. 11. 2001, 5 Ob 262/01 t, ÖZW 2002/3 (Anm. ARTMANN), = ÖBA 2002, 820 (Anm. W. DORALT).

98 Die Struktur und Systematik des österreichischen § 275 UGB entsprechen aus historischen Gründen in weiten Teilen der des deutschen § 323 HGB (abgesehen von den durch jüngere Reformen entstanden Unterschieden, insb. der unterschiedlichen Haftungsgrenzen). Die Rechtslagen beider Länder unterscheiden sich aber gerade in diesem Bereich trotz der Parallelität wegen der generellen Unterschiede im Deliktsrecht, das zwar in weiten Bereichen durch eine Rezeption deutschen Deliktsrechts in der österreichischen Lehre und Rspr. geprägt ist, gerade aber beim Ersatz reiner Vermögensschäden teilweise erhebliche Abweichungen kennt. Zu diesem Rezeptionsprozess und seinen Ursprüngen s. W. DORALT, ABGB, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, 41.

99 Zu den verschiedenen Ansätzen W. DORALT, aaO (Fn. 26), Rdn. 324 ff.

In der österreichischen Lehre ist die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten mittlerweile akzeptiert.¹⁰⁰ Der OGH hatte im Zusammenhang mit der Abschlussprüferhaftung zuletzt primär Fragen der Verjährung zu entscheiden und bei dieser Gelegenheit seine bisherige Rechtsprechung mehrfach bestätigt,¹⁰¹ so dass von einer gefestigten Rechtsprechung auszugehen ist. Für die Anspruchsgrundlage kann jedenfalls aus Sicht der Praxis von einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ausgegangen werden, der Dritten für eigene Schäden einen direkten Anspruch gegen den Prüfer gibt.

- 100 ARTMANN, JBl 2000, 623; KALSS, ÖBA 2002, 187; DEHN, ÖBA 2002, 377; KOZIOL, JBl 2004, 274, 280 ff; SCHAUER, Aufsichtsrat aktuell 2005, 4; KAROLLUS, RdW 2006, 389 f; NOWOTNY, in: Kalls/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2008, Rdn. 4/383; KARNER, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kommentar, 4. Aufl., 2014, § 1295 Rdn. 2, § 1299 Rdn. 9, § 1311 Rdn. 5; ETTTEL, in: P. Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 2012, § 42 Rdn. 10 (Gründungsprüfer). Gegen die Haftung: TORGLER, wbl 2001, 545; HARRER, wbl 2005, 108; DERS., FS Georgiades, 2006, S. 637; KOPPENSTEINER/RÜFFLER, GmbHG Kommentar, 3. Aufl., 2007, § 22 Rdn. 21.
- 101 OGH v. 20. 2. 2013, 3 Ob231/12 k (abgedruckt in RdW 2013, 460); OGH v. 21. 2. 2013, 2 Ob241/12 y; OGH v. 21. 2. 2013, 2 Ob 248/12 b; OGH v. 21. 2. 2013, 2 Ob250/12 x; OGH v. 26. 2. 2013, 10 Ob56/12 a; OGH v. 27. 3. 2013, 7 Ob225/12 g; OGH v. 14. 3. 2013, 2 Ob169/12 k; OGH v. 19. 3. 2013, 4 Ob234/12 h; OGH v. 24. 4. 2013, 9 Ob60/12 g; OGH v. 8. 5. 2013, 6 Ob175/12 x; OGH v. 29. 5. 2013, 9 Ob13/13 x; OGH v. 28. 8. 2013, 6 Ob243/12 x; OGH v. 9. 9. 2013, 6 Ob252/12 w. Nur in der Entscheidung OGH v. 29. 4. 2013, 1 Ob238/12 z, wird ausgeführt: „Dass der Abschlussprüfer (auch) Dritten, die wegen eines erkennbar unrichtigen Jahresabschlusses Vermögensschäden erlitten haben, haftet, ist im Revisionsverfahren nicht strittig. Ob diese Haftung aus einem Vertrag – zwischen der geprüften Gesellschaft und dem Abschlussprüfer – mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder daraus abzuleiten ist, dass die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften objektiv – rechtliche Sorgfaltspflichten des Abschlussprüfers gegenüber Dritten begründen. . . , ist . . . nicht von ausschlaggebender Bedeutung.“ Diese Entscheidungen befassen sich mit Fragen der Verjährung. In manchen wurde vom Kläger Vorsatz des Beklagten behauptet – eine ungewöhnliche und praktisch sehr seltene Argumentation. Denn damit einher geht das Risiko, den Versicherungsschutz des Beklagten zu verlieren. Aus Sicht der Kläger dürfte das aber dennoch rational gewesen sein: Der OGH hatte jetzt erst, überraschend entschieden, dass auch die Ansprüche Dritter nicht nach den Regeln des Bürgerlichen Rechts, sondern nach der Sonderbestimmung für die Haftung des Prüfers gegenüber der Gesellschaft verjähren (§ 275 Abs. 5 UGB), also ohne subjektive Kenntnis des Geschädigten binnen fünf Jahren. Davon ausgenommen hatte das Gericht nur Fälle, in denen Vorsatz des Beklagten vorlag. Für diese wurde doch die Verjährung nach ABGB (subjektive Frist, Beginn erst mit Kenntnis) angenommen. Die Kläger mussten daher Vorsatz behaupten, um nicht bereits an der Verjährung zu scheitern, auch wenn das gleichzeitig bedeutete, dass dafür der Versicherungsschutz des Beklagten „geopfert“ werden musste.

bb) Griechenland

In Griechenland¹⁰² gibt es die direkte Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten, wobei diese gerichtlich entwickelt wurde, denn im Gesetz ist nur die Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft angeordnet.¹⁰³

*c) Gesetzlich angeordnete Haftung gegenüber Dritten
(Slowenien, Frankreich, Belgien, Italien und Schweiz)*

In Slowenien¹⁰⁴ ist die Haftung ausdrücklich sowohl gegenüber der geprüften Gesellschaft als auch gegenüber Dritten angeordnet.¹⁰⁵

In Frankreich normiert Art. L. 822-17 die Haftung der commissaires aux comptes gegenüber der geprüften Gesellschaft sowie gegenüber Dritten. Ein Unterschied zwischen Gesellschaft und Dritten wird dabei nicht gemacht. Relativ hohe Anforderungen hat die Rechtsprechung allerdings zu den Verschuldenserfordernissen¹⁰⁶ aufgestellt, ebenso für die Kausalität.¹⁰⁷ So ist unter anderem erforderlich, dass das Testat des Prüfers konkret als Entscheidungsgrundlage durch den Dritten herangezogen wurde.¹⁰⁸

Auch in Belgien ist die direkte Haftung gegenüber Dritten ausdrücklich im Gesetz verankert.¹⁰⁹

In der bereits erwähnten Verordnung aus 2010, die die Haftung des Revisore contabile in Italien regelt, wird in Art. 15 (1) ausdrücklich die Haftung gegenüber Gesellschaftern und Dritten angeordnet.¹¹⁰ Die Haftung erfolgt solidarisch, gemeinsam mit den Geschäftsleitern, soweit diese denselben Schaden

102 Besonderen Dank schulde ich *Dimitrios Tzakas* für die Hinweise zum griechischen Recht.

103 Athener Kollegialgericht erster Instanz (Polymeles Protodikeio) Entscheidung Nr. 10370/1997, veröffentlicht in *Dikaio Epicheiriseon kai Etairion* 1998, 284.

104 Besonderen Dank schulde ich *Maja Brkan* für die Hinweise zum slowenischen Recht.

105 Article 57 Abs. 3 Zakon o gospodarskih drubah.

106 S. ROBERT, aaO (Fn. 45), 28 ff. Geschuldet wird grundsätzlich eine obligation de moyen: MERLE, aaO (Fn. 46), Rdn. 519 (ausnahmsweise aber auch eine obligation de résultat, woraus eine erhebliche Verschiebung der Beweislast resultiert; s. SENNINGER, aaO [Fn. 26], S. 174); LANGÉ, aaO (Fn. 49), Rdn. 25 ff; GERMAIN/MAGNIER, aaO (Fn. 46), Rdn. 1743, alle m. w. N. Auf Deutsch s. SCHATTKA, aaO (Fn. 21), S. 84; zur früheren Rechtslage WÖLBER, aaO (Fn. 16), S. 126 ff.

107 Dazu ROBERT, aaO (Fn. 45), 107 ff; GERMAIN/MAGNIER, aaO (Fn. 46), Rdn. 1743; LANGÉ, aaO (Fn. 49), Rdn. 105 ff.

108 S. SENNINGER, aaO (Fn. 26), S. 175.

109 Art. 140 Code des sociétés.

110 Die hier gewählte Formulierung entspricht der Verordnung. Impliziert wird dabei, dass Gesellschafter demnach nicht als „Dritte“ gesehen werden.

verursacht haben.¹¹¹ Der Ausgleich erfolgt auch hier im Innenverhältnis.¹¹² Darüber hinaus werden die Mitarbeiter der Prüfungsgesellschaft, die an der Prüfung mitgewirkt haben, persönlich zur Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft und Dritten verpflichtet.¹¹³

In der Schweiz ist in dem bereits erwähnten Art. 755 OR ausdrücklich die Haftung des Prüfers direkt gegenüber „den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden“ geregelt, der „durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung“ von Pflichten verursacht wurde.¹¹⁴

4. Bewertung

Die vorangehende Darstellung zeigt ein Spektrum verschiedener Lösungswege. Diese lassen sich nach den beteiligten Interessen und deren jeweiliger Bewertung in den verschiedenen Rechtsordnungen darstellen: Einerseits besteht ein Interesse des Prüfers an der möglichst weitgehenden Vermeidung jeder Haftung, gleichgültig, ob diese gegenüber Dritten oder gegenüber der geprüften Gesellschaft besteht. Aus Sicht der Geschädigten geht es um die Frage, ob für einen eingetretenen Schaden im Fall einer ursächlichen Pflichtverletzung des Prüfers von diesem Ersatz gefordert werden kann. Aus Sicht des Gesetzgebers sind darüber hinaus die Ziele der gerechten und effizienten Regelungsgestaltung relevant.

Betrachtet man anhand dieser Kriterien die Haftung gegenüber Dritten, so betont das englische Recht die Interessen des Abschlussprüfers am stärksten, weil es die Ansprüche Dritter im Grundsatz ausschließt. Praktisch ähnlich ist die Rechtslage in Deutschland, weil die von der Rechtsprechung geschaffenen Hürden der Anspruchsverfolgung durch Dritte meist entgegenstehen. Einen weitergehenden Ausgleich zwischen den beteiligten Interessen findet man im österreichischen und im griechischen Recht, die die Haftung gegenüber Dritten teilweise zulassen. Eine dritte Gruppe von Rechtsordnungen betont hingegen die Interessen der Geschädigten und ordnet die direkte Haftung gegenüber diesen im Gesetz an. Dazu gehören Slowenien, Frankreich, Belgien,

111 Art. 15 (1) Decreto Legislativo v. 27. 1. 2010, n. 39.

112 Art. 15 (1) Decreto Legislativo v. 27. 1. 2010, n. 39.

113 Dabei ist allerdings der Wortlaut von Art. 15 (2) Decreto Legislativo v. 27. 1. 2010, n. 39 sehr unglücklich. Man wird die Bestimmung wohl so verstehen müssen, dass für die persönliche Haftung der Mitarbeiter und beteiligten Personen im Außenverhältnis nur eine anteilige Haftung intendiert ist. S. dazu AMATUCCI, *Giurisprudenza commerciale* 2012, 878 ff m. w. N.

114 Umstritten war zwar die zivilrechtliche Einordnung dieser Haftung, nicht aber, aufgrund der ausdrücklichen Regelung, ihr Bestehen selbst. Gesellschafter und andere Dritte haben daher einen direkten Anspruch gegen die Revisionsstelle. Dazu LOSER, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht*, 2006, S. 500 ff.

Italien und die Schweiz, wo die Interessen Dritter stärker berücksichtigt werden, als in den anderen genannten Rechtsordnungen. Diese Bewertungen sind allerdings noch um die Modelle der Haftungsbegrenzung, um die es im Folgenden geht, zu ergänzen.

IV. Modelle der Haftungsbegrenzung

Der Wunsch nach einer Haftungsbegrenzung wird von Abschlussprüfern in jeder Rechtsordnung an den Gesetzgeber herangetragen. Auch die Europäische Kommission hatte deswegen vor wenigen Jahren eine Begrenzung der Haftung erwogen.¹¹⁵ Wegen der absehbaren politischen Hürden für eine solche Regelung wurde das Vorhaben aber fallengelassen. Übrig blieb eine Empfehlung an die Mitgliedsstaaten.¹¹⁶ Eine verbindliche Regelung auf europäischer Ebene ist derzeit nicht absehbar. Daher sollen im Folgenden die in verschiedenen Rechtsordnungen bereits geltenden Modelle der Haftungsbegrenzung im Überblick dargestellt werden.¹¹⁷ Soweit nicht nur die Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft, sondern auch gegenüber Dritten besteht, werden dabei beide Aspekte der Haftung berücksichtigt.

1. Keine Haftung gegenüber Dritten und vertragliche Begrenzung (England)

Eines der weitgehendsten Modelle der Haftungsbegrenzung findet sich im englischen Recht, wo im Grundsatz keine Haftung gegenüber Dritten besteht. Im Zuge der Vorarbeiten zum Companies Act 2006 wurde die Einführung einer Haftungsbegrenzung diskutiert, schließlich aber verworfen. Jedoch hat der Gesetzgeber die bis dahin untersagten vertraglichen Haftungsbeschränkungen zwischen Prüfer und Gesellschaft mit diesem Gesetz erlaubt; allerdings bestehen dafür auch gewisse Schranken. Zulässig ist die Vereinbarung einer Kostentragung der zivil- und strafrechtlichen Verteidigung des Prüfers durch die geprüfte Gesellschaft, wenn dieser das Verfahren gewinnt bzw. freigesprochen wird. Vereinbarungen zur Haftungsbeschränkung sind stets nur für ein Jahr wirksam, wobei jede beliebige Form der Beschränkung gewählt werden darf, nicht bloß ein bestimmter Haftungshöchstbetrag.¹¹⁸ Notwendig sind die Zustimmung der Gesellschafter und die Veröffentlichung der Verein-

115 Federführend zu dem Zeitpunkt war Kommissar *Charlie McCreevy*, der (möglicherweise aufgrund seiner eigenen beruflichen Erfahrungen vor der Politik) stets offen für die besonderen Anliegen dieses Berufsstandes war.

116 Empfehlung der Kommission v. 5. 6. 2008 zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, ABl. 21. 6. 2008, L 162/39.

117 Rechtsvergleichend v. BOOM/KOZIOL/WITTING, in: v. Boom/Koziol/Witting, *Pure Economic Loss*, 2004, Outlook, Rdn. 13 ff.

118 Sec. 535 (1) und (4) Companies Act.

barung. Schließlich bestehen auch materielle Grenzen: Die Vereinbarung gilt soweit, als sie „fair and reasonable“ ist.¹¹⁹ Geht eine Begrenzung zu weit, ist eine geltungserhaltende Reduktion (bzw. Anhebung) vorgesehen.¹²⁰

In der Praxis kommen die Vereinbarungen nicht vor,¹²¹ wobei das weniger an der Rechtsunsicherheit liegen dürfte,¹²² als an den Investoren, deren Zustimmung wie dargestellt erforderlich wäre. Maßgebliche institutionelle Investoren hatten in einer gemeinsamen Erklärung eine sehr zurückhaltende Position eingenommen: Gegen eine Beschränkung der Haftung bestünden prinzipielle Bedenken, weil damit die Anreize zur Sorgfalt reduziert würden. Eine Zustimmung komme daher nur in Frage, wenn plausibel darlegt wird, wie vorher die Prüfungsqualität verbessert wurde.¹²³ Bemerkenswert ist dieser Standpunkt besonders dann, wenn man bedenkt, dass Anleger in England grundsätzlich keinen direkten Anspruch gegen den Prüfer haben. Die deutliche Ablehnung von Investoren gegenüber der Begrenzung der Haftung zwischen Prüfer und Gesellschaft belegt, wie stark auch auf diesem Weg in die Interessen der Anleger eingegriffen wird. Diese Beobachtung betrifft folglich in gleicher Weise entsprechende gesetzliche Eingriffe in die allgemeine Haftungsordnung, wie sie in anderen Rechtsordnungen bestehen, so etwa in Deutschland.

2. Gesetzliche Haftungshöchstsummen

a) Kapitalmarktorientierung der geprüften Gesellschaft als Unterscheidungskriterium (Deutschland, Belgien)

In Deutschland ist die Haftungsbegrenzung in § 323 Abs. 2 HGB geregelt. Die Ersatzpflicht wird bei Fahrlässigkeit auf € 1 Mio. pro Prüfung beschränkt. Für Gesellschaften, deren Aktien zum Handel im regulierten Markt zugelassen sind, gilt eine Grenze von € 4 Mio.¹²⁴

In Belgien gilt seit 2007 eine gesetzliche Haftungsbegrenzung, nach der der Abschlussprüfer bis zu einer Summe von € 3 Mio. pro Prüfung bzw. bis zu € 12

119 Sec. 537 (1) Companies Act.

120 Sec. 535 (2) Companies Act.

121 S. FERRAN, FS Hopt, S. 648 f (Stand September 2009).

122 Insb. ist auf die ausführlichen Guidelines des Financial Reporting Council (FRC) zu verweisen; FRC, Guidance on Auditor Liability Limitation Agreements, June 2008 (abrufbar über die Website <http://www.frc.org.uk/>).

123 INSTITUTIONAL SHAREHOLDERS' COMMITTEE, Statement on Auditor Liability Limitation Agreements, 30. Juni 2008 (abrufbar unter <http://www.theaic.co.uk/>).

124 Dazu näher EBKE, aaO (Fn. 5), § 323 Rdn. 74; HABERSACK/SCHÜRNBRAND, aaO (Fn. 14), § 323 HGB Rdn. 4 ff, 45 ff.

Mio. bei Prüfung einer börsennotierten Gesellschaft haftet.¹²⁵ Die Summen sind der vertraglichen Disposition entzogen.¹²⁶

*b) Abstufung der Haftung je nach Größe der geprüften Gesellschaft
(Österreich, Slowenien)*

aa) Österreich

In § 275 Abs. 2 UGB wird die Ersatzpflicht bei Fahrlässigkeit begrenzt, wobei je nach Größe der geprüften Gesellschaft unterschieden wird. Die Haftung ist pro Prüfung auf € 2 Mio. für die Prüfung einer kleinen oder mittelgroßen Gesellschaft beschränkt, auf € 4 Mio. für die Prüfung einer großen Gesellschaft, auf € 8 Mio. bei Prüfung einer sehr großen Gesellschaft und schließlich auf € 12 Mio. bei Prüfung besonders großer Gesellschaften.¹²⁷ Weiter erhöht werden diese Grenzen durch Sonderregelungen für die Prüfung von Banken und Versicherungen (bis zu € 18 Mio.).¹²⁸ Eine Besonderheit ist das Entfallen des Privilegs der Haftungsbegrenzung, wenn der Prüfer trotz Kenntnis seiner Befangenheit oder von Ausschlussgründen geprüft hat.¹²⁹ Der Kenntnis wird grob fahrlässige Unkenntnis gleichgesetzt.

Die haftungsrechtliche Privilegierung war aus zahlreichen Gründen erheblicher Kritik ausgesetzt. Allerdings ist die Differenzierung nach der Größe der Gesellschaften gegenüber der früheren Rechtslage, mit einer einheitlichen, sehr niedrigen Begrenzung, ein Fortschritt. Ob die aktuellen Grenzen einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten, ist noch nicht geklärt – bei einer der Vorläuferbestimmungen gab es Zweifel.¹³⁰

Infolge der Anerkennung der Haftung gegenüber Dritten durch die Rechtsprechung stellt sich die Frage der Anwendung der Haftungsgrenzen auf An-

125 Art. 17 Loi-du-22-juillet-1953; abrufbar unter <http://www.oversight-audit-belgium.eu/ysite/pdf/>.

126 Nicht geklärt scheint die Frage, ob die Grenzen für alle Ansprüche gemeinsam gelten oder etwa pro Anspruch, oder aber einmal für die Gesellschaft und einmal für Dritte.

127 Die Größenmerkmale beziehen sich auf § 221 Abs. 2 und 3 UGB. Sehr große Gesellschaften sind solche, bei denen das Fünffache eines der in Euro ausgedrückten Größenmerkmale einer großen Gesellschaft überschritten wird. Besonders große Gesellschaften sind solche, bei denen das Zehnfache eines der in Euro ausgedrückten Größenmerkmale einer großen Gesellschaft überschritten wird.

128 Für Kreditinstitute mit einer Bilanzsumme von über € 15 Mrd. (geringere Grenzen gelten in Abstufungen für kleinere Banken); § 62 a BWG, § 82 VAG.

129 § 275 Abs. 2 UGB.

130 Das Verfahren wurde durch einen Vergleich beendet, in dessen Rahmen, dem Vernehmen nach, Schadensersatz weit über die damalige gesetzliche Grenze hinausgehend geleistet wurde. Dazu HOLOUBEK/KAROLLUS/RUMMEL, ÖBA 2002, 953 und W. DORALT/STÖGER, ÖBA 2003, 265 ff.

sprüche Dritter. Gerichtlich entschieden ist die Frage bislang nicht. Der OGH erwähnt aber in einer Entscheidung (ohne Anlass im konkreten Fall), dass von einer analogen Anwendung auszugehen sei.¹³¹ Damit bleiben mehrere Varianten denkbar: Jeder Anspruch eines Dritten ist bis zur genannten Haftungsgrenze möglich, womit allerdings die erkennbare Intention des Gesetzgebers einer Haftungsreduktion unterlaufen wird (für Großgläubiger bliebe ein erheblicher Beschränkungseffekt; weil diese sich aber durch eigene Vorsorge etwas leichter absichern könnten, wäre dieser Effekt möglicherweise hinzunehmen). Eine zweite Lösung wäre, die Haftungsgrenzen einmal für die Ansprüche der Gesellschaft und einmal für jene Dritter anzuwenden, so dass im Ergebnis zwei getrennte Haftungsfonds entstehen. Der Begrenzungseffekt wird damit weniger deutlich abgeschwächt als bei der erstgenannten Lösung und die Interessen Dritter könnten immerhin teilweise berücksichtigt werden. Diese Lösung ist ein Kompromiss zwischen den verschiedenen, beteiligten Interessen. Als dritte Lösung ist schließlich denkbar, dass die Haftungsgrenze insgesamt nur einmal für alle Ansprüche zur Verfügung steht. Damit würden zwar die Interessen des Prüfers am deutlichsten berücksichtigt, allerdings mit einem gravierenden praktischen Nachteil: Ansprüche Dritter wären aus demselben Haftungsfonds wie Ansprüche der Gesellschaft zu bedienen, wodurch dem Ersatzpotential der Gesellschaft eine Aushöhlung droht. In Anbetracht des Eingriffs einer gesetzlichen Haftungshöchstgrenze erscheint diese weitere Reduktion gegenüber der Gesellschaft kaum vertretbar.¹³²

bb) Slowenien

Auch in Slowenien gibt es eine Haftungsbegrenzung.¹³³ Sie ist nach Größe der Gesellschaften abgestuft und liegt bei € 150.000 für kleine Gesellschaften, € 500.000 für mittlere Gesellschaften und € 1 Mio. für große Gesellschaften.¹³⁴ Die Haftungsbegrenzung entfällt nicht nur bei Vorsatz, sondern auch bei grober Fahrlässigkeit. Die Haftung des Abschlussprüfers wird ausdrücklich gegenüber der Gesellschaft und gegenüber Dritten angeordnet.¹³⁵

131 OGH 27.11.2001, 5 Ob 262/01 t (= ÖBA 2002, 820).

132 Zur Abhilfe wurde gelegentlich erwogen, Gesellschaftsansprüchen den Vorrang zu geben, jedoch fehlen dafür prozessual wie materiell die Rechtsgrundlagen. Ohne klärende Anordnung des Gesetzgebers erscheint dieser Weg daher praktisch nicht umsetzbar. Dazu auch DEHN, ÖBA 2002, 392. Zum Streitstand ARTMANN, RdW 2007, 323, 325; W. DORALT, RdW 2006, 687; KAROLLUS, RdW 2006, 389 f.

133 Article 57 Abs. 3 Zakon o gospodarskih družbah.

134 Anzumerken ist dabei, dass die Größenkriterien sich auf relativ kleine Merkmale beziehen: Große Gesellschaften sind solche, die wenigstens zwei der folgenden drei Kriterien erfüllen: mehr als 250 Arbeitnehmer, mehr als € 35 Mio. Umsatz und mehr als € 17,5 Mio. Bilanzsumme.

135 Nicht geklärt scheint die Frage, ob die Grenzen für alle Ansprüche gemeinsam gelten, pro Anspruch oder einmal für die Gesellschaft und einmal für Dritte.

3. Begrenzung auf Grundlage des Honorars (Griechenland)

Auch in Griechenland findet sich eine gesetzliche Haftungsbegrenzung. Die Haftung ist auf die zehnfache Höhe der Vergütung des Abschlussprüfers begrenzt.¹³⁶ Da im Gesetz nur die Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft geregelt ist, bleibt offen, ob die im unmittelbaren systematischen Zusammenhang verankerte Begrenzung auch für Ansprüche Dritter zu gelten hat. Soweit ersichtlich gibt es dazu bislang nur eine ältere Gerichtsentscheidung (zu einer früheren Rechtslage), die aber nach wie vor einschlägig sein dürfte. Dabei wurden die Haftungsgrenzen für jeden Anspruchsberechtigten analog angewandt, also pro Anspruch, auch für die als deliktisch eingestuften Ansprüche Dritter.¹³⁷

4. Sog. differenzierte Solidarität – Anteilshaftung (Schweiz)

Die Haftung der Revisionsstelle ist in der Schweiz gegenüber der geprüften Gesellschaft sowie gegenüber Aktionären und Gläubigern zwingend angeordnet.¹³⁸ Die gängige Rechtsprechung entlastet die Revisionsstelle bei geringem Verschulden von der solidarischen Haftung.¹³⁹

Diskutiert wird in der Schweiz über die weitergehende Einschränkung der Verantwortung der Revisionsstelle. Eine Begrenzung nach deutschem Vorbild war allerdings wegen der zu weitgehenden Privilegierung nicht konsensfähig, obwohl die Beträge immerhin mit CHF 10 Mio. und CHF 25 Mio. (für die Prüfung börsennotierter Gesellschaften) höher als in Deutschland geplant waren.¹⁴⁰ Weiterhin werden aber Vorschläge zur Einschränkung der Haftung gemacht, insbesondere die Ersetzung der sogenannten differenzierten Solidarität durch eine rein anteilige Haftung. Die Ersatzpflicht im Außenverhältnis würde dann nur so weit von der Revisionsstelle getragen, wie dies nach einem (fiktiven) Regress im Innenverhältnis mit anderen Haftpflichtigen der Fall wäre.¹⁴¹ Erwogen wird auch eine Beschränkung je nach Verschuldensgrad¹⁴² oder mit einem Multiplikator des Prüfungshonorars, etwa der fünffachen Summe.¹⁴³

136 Geregelt in Art. 29 des G. 3693/2008.

137 Athener Kollegialgerichts erster Instanz (Polymeles Protodikeio) Entscheidung Nr. 10370/1997, veröffentlicht in *Dikaio Epicheiriseon kai Etairion* 1998, 284.

138 BERTSCHINGER, aaO (Fn. 60), Art. 755 OR Rdn. 1.

139 Zur differenzierten Solidarität nach Art. 759 OR s. bereits oben; für die Zusammenhänge mit dem allgemeinen Schuldrecht s. Art. 43 Abs. 1, Art. 44 und Art. 99 und 100 OR.

140 Dazu SETHE, aaO (Fn. 69), S. 132 ff.

141 BÖCKLI/BÜHLER, FS Boemle, S. 241 ff, 249 ff.

142 V. DER CRONE, SZW 2006, 17.

143 SETHE, aaO (Fn. 69), S. 145 ff.

5. Vertragliche Begrenzung für leichte Fahrlässigkeit (Frankreich)

In Frankreich wird die Haftung der commissaires aux comptes gegenüber der geprüften Gesellschaft teilweise der vertraglichen Haftung und teilweise der deliktischen Haftung zugeordnet.¹⁴⁴ Die Unterscheidung ist von geringerer Bedeutung als im deutschen Recht, da reine Vermögensschäden auch auf deliktischer Grundlage ersatzfähig sind. Zu beachten ist dabei die Regel des non cumul, wonach grundsätzlich kein deliktischer Anspruch besteht, wenn eine vertragliche Anspruchsgrundlage vorhanden ist.¹⁴⁵ Unter anderem ergeben sich daraus Folgen für die Frage der vertraglichen Haftungsbegrenzungen. Gesetzlich ist die Haftung der commissaires aux comptes in Frankreich nicht beschränkt. Vertragliche Beschränkungen kommen aber vor und sind grundsätzlich zulässig,¹⁴⁶ wobei dies allerdings nur für leichte Fahrlässigkeit gesichert ist. Bei schwerem Verschulden erklärt die Rechtsprechung vertragliche Haftungsbegrenzungen häufig für unwirksam, stets aber bei Vorsatz.¹⁴⁷ Die Wirkung der Vereinbarung beschränkt sich auf das Verhältnis zur Gesellschaft als Vertragspartei.¹⁴⁸ Nach überwiegender Ansicht kommt eine vertragliche Modifikation der Haftung dabei grundsätzlich nur für vertragliche Ansprüche in Betracht, hingegen nicht für die weit reichenden deliktischen Ansprüche. Eine Parteiendisposition scheidet damit selbst dann aus, wenn die Parteien bereits vertraglich in einer Beziehung zueinander stehen.¹⁴⁹ Schließlich kann über deliktische Ansprüche erst nach dem Schadenseintritt vertraglich disponiert werden.¹⁵⁰ Die allgemeine Zurückhaltung gegenüber haftungsbeschränkenden Vereinbarungen im französischen Recht erschwert damit auch jede Beschränkung der Haftung der commissaires aux comptes. Der im Haftungsrecht sonst übliche, für eine Reduktion der Haftungsrisiken durchaus sinnvolle Weg einer klaren Konturierung der geschuldeten Aufgaben und die Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs ist bei der gesetzlichen Abschlussprüfung nur eingeschränkt möglich, da die Anforderungen weitgehend gesetzlich vorgegeben sind.

144 S. ROBERT, aaO (Fn. 45), 21 f.

145 S. etwa MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, *Les Obligations*, 6. Aufl., 2013, Rdn. 1007 ff.

146 ROBERT, aaO (Fn. 45), 21 f.

147 S. VINEY/JOURDAIN, aaO (Fn. 52), Rdn. 605 m. w. N.; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, aaO (Fn. 145), Rdn. 980 ff, 986.

148 MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, aaO (Fn. 145), Rdn. 980.

149 MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, aaO (Fn. 145), Rdn. 980; ROBERT, aaO (Fn. 45), 21, beide mit N. zur etablierten Rspr. in diesem Punkt; s. auch die weiteren N. bei BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2. Aufl., 2009, Rdn. 97 f, der mit guten Gründen gegen die ständige Rspr. argumentiert.

150 ROBERT, aaO (Fn. 45), 21.

6. Keine Begrenzung (Italien)

Die Haftung des *revisore contabile* ist in Italien zwingend; eine vertragliche Beschränkung kommt nicht in Frage.¹⁵¹ Auch in Italien wurden Forderungen nach einer Haftungsbeschränkung an den Gesetzgeber herangetragen,¹⁵² die Wünsche blieben aber weitgehend unerfüllt, abgesehen von kleineren Erfolgen bei der Verkürzung der Verjährungsfrist.¹⁵³

7. Bewertung

Ob Dritte in bestimmten Situationen direkte Ansprüche gegen den Abschlussprüfer der geprüften Gesellschaft haben sollten, ist rein abstrakt betrachtet nicht zu entscheiden. Im Ergebnis steht hinter der Antwort in jeder Rechtsordnung eine Wertungsfrage. Sowohl für als auch gegen diese Ansprüche lassen sich gute Argumente anführen.¹⁵⁴ Gleiches gilt für eine Beschränkung der Ansprüche. Eine sinnvolle Gestaltung setzt voraus, dass Ansprüche Dritter und deren mögliche Begrenzung nicht isoliert von der vorhandenen Rechtslage zur Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft betrachtet werden, sondern ein Gesamtkonzept die einzelnen Bereiche und die dabei zu treffenden Abwägungen auf einander abstimmt. Rechtsvergleichend finden sich folgende Ansätze:

Im englischen Recht gibt es zwar kaum direkte Ansprüche Dritter, dafür ist die Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft im Ausgangspunkt aber unbeschränkt und vertraglich nur unter bestimmten Voraussetzungen beschränkbar. Auch in Deutschland scheitern Ansprüche Dritter in der Praxis für die typischen Fallkonstellationen an den Hürden der Rechtsprechung. Bemerkenswert ist bereits im Vergleich der englischen und der deutschen Rechtsordnung das Gesamtbild, bei dem das deutsche Recht den Prüfer in beiden Haftungsbereichen so weit entlastet, dass die geringen übrigen Risiken bis auf Vorsatz vollständig „wegversichert“ werden können.¹⁵⁵ In allen anderen an-

151 SCARSO, aaO (Fn. 58), Rdn. 24 ff.

152 GIUDICI, ECGI Working Paper N. 155/2010, 6, 24, 33 f; SCARSO, *Responsabilità civile e previdenza* 2007, 1226; DERS., aaO (Fn. 58), Rdn. 23; s. auch ADDANTE, *Danno e Responsabilità* 2003, 353.

153 Art. 15 Abs. 3 des Decreto Legislativo v. 27. 1. 2010, n. 39 (Verjährung in fünf Jahren ab Testaterteilung). S. dazu bereits SCARSO, *Die Haftung des Abschlussprüfers für reine Vermögensschäden nach italienischem Recht*, in: Gruber/Harrer, *Aktuelle Probleme der Abschlussprüfung*, 2006.

154 Vgl. die Abwägung der Argumente bei KOZIOL, *Rechtsvergleichender Überblick und Schlussfolgerungen*, in: Koziol/W. Doralt, *Abschlussprüfer, Haftung und Versicherung*, 2004, Rdn. 6 ff.

155 Ein anderer Befund wäre für die teilweise erheblichen anderen Haftungsrisiken des Berufsstandes anzunehmen, insb. für Schadensersatzansprüche aufgrund von Bera-

geführten Vergleichsrechtsordnungen besteht hingegen neben der Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft eine direkte Haftung gegenüber Dritten, entweder durch eine Entwicklung der Rechtsprechung oder aufgrund gesetzlicher Anordnung.

Auf die Frage der Haftungsbegrenzung finden sich ebenfalls unterschiedliche Antworten. Das englische Recht lässt diese privatautonom zwischen Prüfer und Gesellschaft zu. Ansprüche Dritter bestehen grundsätzlich nicht, womit für diesen Bereich auch jede Beschränkung entbehrlich wird. Die Akzentuierung der Privatautonomie bewirkt, dass für die Zustimmung zur Haftungsbegrenzung eine Gegenleistung erwartet wird – eine Haftungsbeschränkung hat also einen Wert. Obwohl Dritte nach englischem Recht keine direkten Ansprüche stellen können, belegt die öffentliche Stellungnahme institutioneller Anleger, wie sehr eine Haftungsbeschränkung auch im Verhältnis Prüfer-Gesellschaft die Interessen der Anleger berührt und in diese eingreift. Dem trägt der Companies Act mit dem Erfordernis der Zustimmung der Gesellschafter Rechnung.

Andere Rechtsordnungen haben sich für einen paternalistischeren Ansatz entschieden und schwächen für Abschlussprüfer das bürgerlich-rechtliche Haftungsgefüge ab. Gesetzliche Höchstgrenzen, abgestuft nach dem Kriterium der Kapitalmarktorientierung, gibt es in Deutschland und Belgien, sowie, abgestuft je nach Größe der geprüften Gesellschaft, in Slowenien und Österreich. In beiden Gestaltungsvarianten liegt ein ungewöhnlicher Eingriff, den man sonst nur in der Gefährdungshaftung kennt. Besser vertretbar erschiene ein solcher Systembruch, wenn zumindest im Regelfall ein angemessener Ersatz für die Geschädigten gesichert wäre und nur ungewöhnlich hohe Schäden durch den Gesetzgeber von der Ersatzpflicht ausgenommen wären. Vor diesem Hintergrund ist die gegenwärtige deutsche Rechtslage zu hinterfragen. Zunächst sind die Beträge rechtsvergleichend betrachtet auffällig niedrig angesetzt, obwohl die in Deutschland geprüften Gesellschaften im Durchschnitt größer als in anderen europäischen Ländern sind. Bei der Prüfung kleinerer Gesellschaften kann die Haftungsgrenze in Deutschland fallweise noch adäquat sein. Für mittlere und für große Gesellschaften sind die deutschen Grenzen aber zu niedrig angesetzt. Das verstärkt die Skaleneffekte großer Prüfungsgesellschaften gegenüber kleineren, weil gerade die Prüfung größerer Gesellschaften typischerweise auch von größeren Prüfungsgesellschaften durchgeführt wird. Für diese Prüfungen wirkt die zu niedrig angesetzte Haftungssumme wie eine gesetzliche Subvention. Faktisch kommt der Vorteil überwiegend großen Prüfungsgesellschaften zu Gute. Eine allgemeine Anhebung der deutschen Haftungsgrenzen sowie eine Abstufung nach Größe der

tungsfehlern, etwa bei der Steuerberatung. Die Versicherung wird meist für alle Bereiche insgesamt abgeschlossen, so dass die Schadensentwicklung nicht ohne weiteres einen Rückschluss nur auf die Haftung aus fehlerhafter Abschlussprüfung zulässt.

geprüften Gesellschaft würden meist angemessenere Lösungen ermöglichen. Als singulärer paternalistischer Eingriff in die bürgerlich-rechtliche Haftungsordnung kann die aktuelle Gesetzeslage prinzipiell hinterfragt werden. Da der Gesetzgeber im Rahmen eines Vertragsverhältnisses üblicherweise keine spezielle Abweichung von der bürgerlich-rechtlichen Haftungsordnung zwingend vorgibt, ist ein solcher Eingriff begründungsbedürftig. Problematisch ist aber nicht nur der Ansatz, sondern auch die konkrete Ausgestaltung, bei der die Interessen der Prüfer einseitig berücksichtigt werden. Insoweit ist die aktuelle Rechtslage vorrangig der Geschicklichkeit eines exzellent vernetzten Berufsstandes und seiner Interessenvertretungen geschuldet.

Eine weitere Alternative, mit der angemessenere Ergebnisse erzielt werden könnten, ist die Berechnung der Haftungsgrenzen anhand des Prüfungshonorars (Griechenland). Sinnvollerweise sollten dabei, für die Berechnung, auch Beratungshonorare einbezogen werden. Andernfalls entstehen Anreize zur teureren Abrechnung der Beratung und zur Verstärkung des bereits jetzt allgemein für problematisch befundenen low-balling bei der Prüfung.¹⁵⁶

Als weiteres Modell ist die differenzierte Solidarität (Schweiz) zu nennen, mit der für jene seltenen Fälle eine Entlastung von der solidarischen Haftung geschaffen wird, in denen tatsächlich hohe Schäden bei bloß geringem Verschulden des Prüfers entstanden sind. Bei Berücksichtigung des Wesentlichkeitsgrundsatzes in der Prüfungsplanung und der Durchführung ist ein solches Szenario selten, wenn auch nicht ausgeschlossen. Die gerichtliche Einschränkung der Haftung im Einzelfall kann mit dem allgemeinen Schuldrecht in der Schweiz ohne allzu große Mühe in Einklang gebracht werden. Ob darin für andere Rechtsordnungen ein Modell zu sehen ist, wäre gesondert zu untersuchen.¹⁵⁷

Schließlich finden sich Rechtsordnungen (Frankreich und Italien), in denen keine gesetzliche Beschränkung der Haftung besteht und in denen die Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft nur teilweise vertraglich beschränkt werden kann. In beiden Rechtsordnungen bestehen außerdem direkte Ansprüche Dritter. Deren Ausuferung wird aber auf Ebene der Anspruchsvoraussetzungen entgegengewirkt, insbesondere durch eine sorgfältige Prüfung der Kausalität.

Auf der Grundlage dieser Ergebnisse ist zunächst der im nationalen Diskurs anzutreffenden Behauptung entgegenzutreten, wonach eine gesetzliche Begrenzung der Haftung erforderlich sei, weil andernfalls kaum jemand für die

156 Da nach verbreiteter Ansicht geprüfte Gesellschaften ohnehin immer seltener von ihrem Prüfer beraten werden, dürfte dies weitgehend unproblematisch sein.

157 Zur Entwicklung in Liechtenstein, wo die Gesetzgebung in einer wenig transparenten Weise das Konzept der differenzierten Solidarität aus der Schweiz allgemein übernommen hat, s. die treffende Kritik von SCHAUER, FS Delle Karth, S. 790 ff.

Tätigkeit der gesetzlichen Abschlussprüfung zu gewinnen wäre. Gleiches gilt für die Behauptung, dass die Risiken der Abschlussprüfung versicherbar im Sinne einer vollständigen Versicherung sein müssten. Beiden Argumenten stehen die Erfahrungen der Rechtsvergleichung entgegen.

Noch offen bleibt damit die Frage, wie ein Gesetzgeber am besten vorgehen sollte, wenn die politische Entscheidung zur Begünstigung der Abschlussprüfer durch eine Haftungsbeschränkung gefallen ist. Auch dann ist vom Gesetzgeber ein möglichst sorgfältiger und gerechter Interessenausgleich zwischen den Beteiligten zu erwarten. Besonders hohe Anforderungen an die Ausgewogenheit bestehen natürlich bei zwingendem Recht. Zu beachten ist daneben auch der Gleichheitsgrundsatz.¹⁵⁸ Insbesondere muss bei einer Gestaltung durch den Gesetzgeber (statt durch die Vertragsparteien) gefragt werden, ob der Eingriff erforderlich ist. Für einen einseitigen Eingriff ist außerdem zu klären, welche tragenden Argumente eine Entlastung zu Lasten anderer Interessen rechtfertigen. Eine Begründung kann sich aus entsprechenden öffentlichen Interessen ergeben. Für die Haftung der Abschlussprüfer wurde in diesem Kontext die Sorge vor dem Zusammenbruch einer weiteren großen Prüfungsgesellschaft genannt sowie die damit verbundenen Risiken einer weiteren Marktkonzentration und von Engpässen auf dem Markt der Abschlussprüfung. Diese Argumente laufen auf ein öffentliches Interesse am Schutz großer Prüfungsgesellschaften vor existenzbedrohenden Haftungsrisiken hinaus. Auch ohne gesichertes Wissen darüber, welche tatsächlichen Folgen ein weiterer Zusammenbruch einer großen Prüfungsgesellschaft hätte, erscheint ein öffentliches Interesse auf diesem Weg begründbar. Der Gesetzgeber kann präventiv eingreifen, ohne erst die Erfahrungen eines Zusammenbruchs abzuwarten. Der Eingriff wird allerdings nur so weit gerechtfertigt sein, als er zur Erreichung des Ziels auch erforderlich ist. Wenn also das Ziel die Verhinderung des Zusammenbruchs einer großen Prüfungsgesellschaft wegen öffentlicher Interessen ist, muss der gesetzliche Eingriff sich auch daran messen lassen. Weitergehende Entlastungen können auf dieser Grundlage nicht gerechtfertigt werden.

Folglich ist zu fragen, welches Ausmaß einer Haftung von einer big four Prüfungsgesellschaft noch getragen werden kann und ab welcher Grenze der Zusammenbruch droht. In der Studie von London Economics und Ralf Ewert findet sich dafür eine Berechnung,¹⁵⁹ die zunächst von den englischen

158 Z. B. muss bedacht werden, dass auch Insolvenzverwalter, Notare, Ärzte oder Ziviltechniker, teilweise auch Rechtsanwälte Aufgaben im öffentlichen Interesse erfüllen und dabei erheblichen Haftungsrisiken ausgesetzt sind, der Gesetzgeber für sie aber – aus gutem Grund – nicht eingreift. Eine Haftungsbeschränkung müssen die genannten mit ihrem Vertragspartner vereinbaren.

159 LONDON ECONOMICS/EWERT, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes 2009, 104 ff.

big four-Gesellschaften ausgeht. Demnach waren nach Ausschöpfung der eigenen Versicherung sowie der internationalen captive-Versicherung,¹⁶⁰ je nach Gesellschaft, Beträge von € 170 Mio. bis € 540 Mio. die Grenze, ab der ein Zusammenbruch der Prüfungsgesellschaft drohte.¹⁶¹ Für Deutschland wurde die Hälfte dieser Beträge angenommen,¹⁶² also € 85 Mio., wenn man die niedrigste Summe ansetzt. Daran müsste sich eine gesetzliche Haftungsbegrenzung zur Vermeidung des Zusammenbruchs eine big four Gesellschaft orientieren.¹⁶³

Ob der Gesetzgeber darüber hinaus, also abgesehen von dem dargestellten öffentlichen Interesse, gerade für die Haftung des Abschlussprüfers besser wissen kann, welche Haftung für die privatautonom agierenden Parteien angemessen ist, erscheint zweifelhaft. Im Privatrecht ist im Zweifel stets vom Vorrang der Privatautonomie auszugehen. Insoweit erscheint das englische Modell einer privatautonomen Begrenzung für jede niedriger angesetzte Haftungsbegrenzung vorzugswürdig.¹⁶⁴ Insbesondere sollte dabei das Erfordernis der Zustimmung der Gesellschafter bedacht werden, deren Interessen durch eine solche Vereinbarung indirekt, aber erheblich, berührt werden. Ebenso ist die Möglichkeit der gerichtlichen Korrektur unangemessener Vereinbarungen im Sinne einer geltungserhaltenden Reduktion zu berücksichtigen.

V. Zusammenfassende Thesen

1. Weder die Planung noch die Durchführung der Prüfung sind auf die Entdeckung krimineller Handlungen auszurichten. Soweit aber Fehler im Jahresabschluss bei regulärer Prüfung erkennbar sind, trifft den Abschlussprüfer die

160 Zu diesen EBKE, aaO (Fn. 5), § 323 HGB Rdn. 12 m. w. N.

161 LONDON ECONOMICS/EWERT, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes 2009, 104 ff. Die Bandbreite ergibt sich aus den Unterschieden zwischen den big four-Gesellschaften und daraus, dass man nicht sicher vorhersagen kann, bis zu welcher Höhe die Gesellschafter eine temporäre Einkommensreduktion hinnehmen, ohne dass diese scharenweise zu anderen Prüfungsgesellschaften wechseln und so einen Zusammenbruch herbeiführen. Die Studie unterstellt im vorsichtigeren Szenario eine Bereitschaft zur Einbuße von 15% für drei Jahre (in einem anderen 20% für drei Jahre, woraus höhere Beträge resultieren). Für Deutschland wird in der Studie angenommen, dass die Beträge in etwa mit der halben Höhe anzusetzen sind.

162 LONDON ECONOMICS/EWERT, Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes 2009, 106.

163 Soweit sich eine Haftung gegenüber Dritten in Deutschland etabliert oder sie der Gesetzgeber anordnet, wäre für beide Haftungsbereiche eine Begrenzung aufgrund der insoweit gleichlaufenden öffentlichen Interessen vertretbar. Sinnvoll und erforderlich wäre dann ein Verteilungsmechanismus.

164 S. auch die Ergebnisse bei DORALT/HELLGARDT/HOPT/LEYENS/ROTH/ZIMMERMANN, CLJ 2008, 67(1), 62.

Verantwortung, diese aufzudecken. Einer Berücksichtigung des Verschuldens der Geschäftsleiter als Mitverschulden der Gesellschaft steht der Zweck der Prüfung entgegen.

2. Typischerweise führen nicht die geringfügigen Versehen bei der pflichtwidrigen Abschlussprüfung zu enormen Schäden. Wird der Grundsatz der Wesentlichkeit in Planung und Durchführung der Prüfung umgesetzt, können wesentliche Fehler im Jahresabschluss im Regelfall vermieden werden.

3. Entstehen dennoch infolge eines bloß geringen Versehens ausnahmsweise große Schäden, kommt im schweizerischen Recht – bei geringem Verschulden des Prüfers – die Anwendung der sogenannten differenzierten Solidarität in Frage. Das Gericht kann die solidarische Haftung in eine anteilige Haftung umwandeln. Ob eine vergleichbare Bestimmung mit dem deutschen Recht in Einklang gebracht werden könnte, bedarf einer vertieften Untersuchung.

4. Die gesetzliche Abschlussprüfung dient dem Schutz der Gesellschaft, besonders aber dem Schutz Dritter, insbesondere jener Dritten, die in der Regel gezwungen sind, sich auf den testierten Jahresabschluss als einzige Informationsquelle zu verlassen. Historisch war die Ausrichtung an diesen Informationsbedürfnissen bei Einführung der gesetzlichen Abschlussprüfung bestimmend, bis heute prägt sie die externe Rechnungslegung und Prüfung. Im Deliktsrecht ist damit die Frage des Schutzgesetzcharakters verbunden.

5. Direkte Ersatzansprüche von Gläubigern und Anlegern gegen einen Abschlussprüfer finden sich in vielen Rechtsordnungen. Auch nach deutschem Recht sind diese Ansprüche *de lege lata* nicht ausgeschlossen. Die vom Gesetzgeber intendierte Beschränkung der Haftung ist rechtspolitisch fragwürdig, muss aber wohl auch für diese Ansprüche durch analoge Anwendung von § 323 Abs. 2 HGB berücksichtigt werden.

6. Soweit es rechtspolitisch um Fragen der Haftungsbegrenzung geht, sind neben den Ansprüchen der geprüften Gesellschaft auch jene Dritter zu berücksichtigen. Beide Haftungsbereiche dienen auf unterschiedliche Weise auch dem Gläubiger- und Anlegerschutz. Daher ist *de lege ferenda* die Einschränkung oder der Ausschluss direkter Ansprüche Dritter eher vertretbar, wenn wenigstens der Ersatzanspruch der Gesellschaft nicht besonders beschränkt ist.

7. Mit den Grundsätzen des Privatrechts ist eine vertragliche Haftungsbeschränkung eher als eine gesetzliche zu vereinbaren. Gesetzliche Haftungsbegrenzungen bedürfen als Eingriff in die Interessen der Geschädigten und deren Gläubiger besonderer Gründe. Sie sollten nur vorgesehen werden, wenn und soweit klar definierte öffentliche Interessen dies erfordern. Weitergehende Beschränkungen sind auch aus Gleichheitserwägungen problematisch.

8. Im internationalen Vergleich geht die Beschränkung der Haftung in Deutschland auffällig weit. Die niedrigen Summen privilegieren besonders

die Prüfer von mittleren und größeren Gesellschaften. Der Vorteil kommt in der aktuellen Marktlage vorrangig den größeren Prüfungsgesellschaften zugute. Eine Abstufung der Haftungsbeträge je nach Größe der geprüften Gesellschaft könnte dem entgegenwirken und den beteiligten Interessen besser Rechnung tragen.

9. Die haftungsrechtliche Privilegierung sollte überprüft werden. Ein angemessener Ausgleich setzt voraus, dass der Gesetzgeber neben den Interessen eines pflichtwidrig handelnden Abschlussprüfers auch die Interessen des durch ihn Geschädigten berücksichtigt. Daher sind die Haftungsbeträge in angemessener Weise zu erhöhen. Gegenüber großen Gläubigern wäre der verbleibende Eingriff eher vertretbar, weil diese tendenziell leichter selbst Vorsorge treffen können.

10. Ein öffentliches Interesse, große Wirtschaftsprüfungsgesellschaften vor dem Risiko eines Zusammenbruchs infolge von Haftungsansprüchen zu schützen, kann gegeben sein. Gesetzliche Eingriffe, die diesem Ziel dienen, sind an der Leistungsfähigkeit der großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften auszurichten. Für weitergehende Beschränkungen ist nicht ersichtlich, wie der Gesetzgeber besser als die Parteien erkennen kann, welche Höhe angemessen ist.