

# Die Haftung von Wirtschaftsprüfern bei steuerorientierten Kapitalanlagen – Überblick und aktuelle Tendenzen (Teil I)

Von Prof. Dr. Thomas Zacher und Claudia Stöcker, beide Köln\*

In diesem Heft:

1. Einleitung
2. Haftung des Wirtschaftsprüfers nach den Grundsätzen der Prospekthaftung
  - 2.1 Prospekthaftung als Initiator etc.
  - 2.2 Prospekthaftung aus anderen Gründen
  - 2.3 (Mit-)Haftung des Wirtschaftsprüfers als schlichter Berater für Prospekt- und Aufklärungsmängel?

Im nächsten Heft:

3. Haftung für Prospektprüfungs- und ähnliche Gutachten
  - 3.1 Haftung des Gutachters nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne gegenüber dem Anlegerpublikum
  - 3.2 Vertragliche (Dritt-)Haftung
4. Haftung des Wirtschaftsprüfers als Mittelverwendungskontrolleur
5. Haftung des Wirtschaftsprüfers bei Durchführung der Pflichtprüfung gemäß § 323 HGB
6. Fazit

Die negative wirtschaftliche Entwicklung von einigen steuerorientiert konzipierten Kapitalanlagen, insbesondere geschlossenen Fonds, hat dazu geführt, dass in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und des BGH die Haftung der Initiatoren und Prospektverantwortlichen aus Initiatoren- bzw. Prospekthaftung und aus anderen Rechtsgründen einen immer breiteren Raum einnimmt. Dabei mehren sich auch die Fälle, in denen – in unterschiedlicher Weise – beteiligte Wirtschaftsprüfer bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in Anspruch genommen werden. Der Beitrag gibt hierzu einen Überblick über die in Betracht kommenden Haftungsinstrumente und setzt sich kritisch mit den jüngsten Tendenzen der Rechtsprechung zu diesem Bereich auseinander. Dabei werden Umfang und Grenzen der Verantwortlichkeit im Rahmen der Tätigkeit von Wirtschaftsprüfern aufgezeigt.

## 1. Einleitung

Nicht erst durch die Entwicklung des Immobilienmarktes in den neuen Bundesländern sind viele steuerorientierte Kapitalanlagen, insbesondere geschlossenen Fonds, in wirtschaftliche Schief lagen geraten. Dann stellt sich regelmäßig die Frage, ob der Anleger das Risiko selbst tragen muss oder ob weitere Beteiligte insoweit in Haftung genommen werden können. Dies gilt aus der Sicht der betroffenen Anleger zunächst unabhängig von den Gründen, die zur konkret eingetretenen wirtschaftlichen Situation ihres Anlagemodells geführt haben. Neben den meist primär wirtschaftlich Beteiligten wie Initiatoren, Prospektherausgebern, Vertriebs- und Vermittlungsunternehmen und auch Banken werden dabei zunehmend auch dem Anlagemodell wirtschaftlich entfernt stehendere weitere Beteiligte in Anspruch genommen. Dabei geraten Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften auch deshalb in den Fokus der Überlegungen, da dort im Regelfall – wirtschaftlich –

eine erfolgversprechende Durchsetzung der Ansprüche gesichert erscheint. Der Anstieg der Vermögensschadenhaftpflichtprämien in jüngster Zeit<sup>1</sup>, die Kündigung vieler langjährig bestehender Versicherungsverträge durch den Haftpflichtversicherer bis hin zu den in Einzelfällen bereits entstandenen Problemen, überhaupt entsprechende Versicherungsdeckung zu erhalten, dürften jedenfalls auch durch diese Entwicklung hervorgerufen sein. Bei Wirtschaftsprüfern und ihren Vermögensschaden-Haftpflichtversicherern besteht zum Teil Unsicherheit, ob es sich bei den in diesem Bereich jedenfalls fachöffentlich bekannt werdenden Haftungsurteilen um spektakuläre Einzelfälle oder eine Entwicklung auf breiter Front handelt, die unkalkulierbare Risiken birgt.

Hierzu trägt leider auch die Rechtsprechung bei, die in diesem Bereich noch nicht immer zu stringenten Leitlinien gefunden hat. Daher werden im Folgenden die speziell im Zusammenhang mit dem (derzeit noch<sup>2</sup>) unregelmäßig bzw. „grauen“ Kapitalmarkt spezifisch auftretenden Haftungsrisiken für Wirtschaftsprüfer systematisiert und auf besondere Problemfelder hingewiesen. Da für die derzeit und bis in die mittelfristige Zukunft praktisch werdenden Haftungsfälle die zukünftigen Rechtsänderungen allenfalls Ausstrahlungswirkung haben, wird dabei das derzeit geltende Recht zu Grunde gelegt. Um den Charakter einer Übersicht und Herausarbeitung aktueller Tendenzen beizubehalten, muss dabei auf eine vertiefte Darstellung von Detailspekten verzichtet werden.

Weiterhin wird nachfolgend auf die Darstellung der allgemeinen Vertragshaftung verzichtet, die sich selbstverständlich – auch – dann ergeben kann, wenn der Wirtschaftsprüfer im Rahmen einer unmittelbaren und ausdrücklichen Vertragsbeziehung zum (potenziellen) Anleger mit der Beratung bzw. Überprüfung des konkreten Beteiligungsangebotes betraut wird<sup>3</sup>. Solche konkret und individuell durch den Anleger erteilten Mandate sind jedenfalls im Bereich der öffentlich angebotenen Beteiligungsmodelle selten; sie werfen auch auf der Grundlage eines dann regelmäßig vorliegenden individuellen Dienstvertrages oder (ausnahmsweise) Werkvertrages keine spezifischen Besonderheiten auf. Auch die spezifischen Haftungsfragen einer Treuhändertätigkeit für die beteiligten Anleger (vgl. § 2 Abs. 3 WPO) richten sich primär nach dem mit jedem Anleger abgeschlossenen (Muster-)Treuhandvertrag und können hier nicht vertieft werden. Soweit dadurch – auch – andere Haftungsinstrumente berührt werden, wird im jeweiligen Zusammenhang darauf hingewiesen.

## 2. Haftung des Wirtschaftsprüfers nach den Grundsätzen der Prospekthaftung

### 2.1 Prospekthaftung als Initiator etc.

Ein Wirtschaftsprüfer haftet nach den allgemeinen Grundsätzen, wenn er seine Rolle als Wirtschaftsprüfer überschreitet und beispielsweise als Initiator, Vermittler von Kapitalanlagen etc. auftritt. Die dann entstehenden Verantwortlichkeiten und Haftungsrisiken gegenüber Dritten aus Prospekthaftung, Verletzung der (vor-)vertraglich geschuldeten Aufklärungs- und Beratungspflichten bis hin zur Haftung wegen Kapitalanlagebe-

\* Prof. Dr. Thomas Zacher, MBA, Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht, lehrt Wirtschafts- und EU-Recht sowie Steuerrecht an der FHDW Bergisch Gladbach und ist Partner der Sozietät Zacher & Partner, Köln; Claudia Stöcker ist als Rechtsanwältin in der Sozietät Zacher & Partner tätig.

1 Vgl. jüngst Rütter, Vermögen und Steuern, 7/04, 27.

2 Vgl. zu den Änderungen durch das geplante Anlegerschutzverbesserungsgesetz, Heisterhagen, DStR 2004, 1089.

3 Vgl. hierzu etwa Machunsky, DB 1998, 1306, 1308 f. und die allgemeine berufsrechtliche Literatur.

## AUFSATZ

trug (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m § 264a StGB) sind nicht berufsspezifisch und werden daher hier nicht näher erörtert. Anzumerken ist jedoch, dass berufsrechtlich eine derartige (gewerbliche) Tätigkeit gemäß § 43a Abs. 3 Nr. 1 WPO unzulässig ist; gleichwohl hindert dies das Entstehen zivilrechtlich bindender Verantwortlichkeiten gegenüber dem Anlegerpublikum bei dem betroffenen Wirtschaftsprüfer nicht, der „out of area“ tätig wird. Berufsrechtliche Haftungsprivilegien gelten dann nicht<sup>4</sup>.

## 2.2 Prospekthaftung aus anderen Gründen

Darüber hinaus kommt eine Haftung des Wirtschaftsprüfers nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne für so genanntes typisiertes Vertrauen in Betracht. Diese Prospektverantwortlichkeit trifft gerade auch diejenigen, die auf Grund ihrer besonderen beruflichen und wirtschaftlichen Stellung oder ihrer Fachkunde eine Garantenstellung einnehmen, weil sie durch ihr nach außen in Erscheinung tretendes Mitwirken am Emissionsprospekt ein Vertrauenstatbestand geschaffen haben<sup>5</sup>. Dies ist insbesondere bei Personen der Fall, die mit Rücksicht auf ihre allgemein anerkannte und herausgehobene berufliche und wirtschaftliche Stellung oder wegen ihrer Eigenschaft als berufsmäßiger Sachkenner den Anlageinteressenten als besonders vertrauenswürdig erscheinen<sup>6</sup>; namentlich also Wirtschaftsprüfer<sup>7</sup>.

Konkrete Voraussetzung für diese Art der Haftung ist, dass der Wirtschaftsprüfer mit seiner Zustimmung oder zumindest Duldung im Emissionsprospekt angeführt wird und in dieser Eigenschaft Erklärungen abgibt<sup>8</sup>. Als Erklärung reicht faktisch bereits der Hinweis auf ein von dem Wirtschaftsprüfer erstelltes Gutachten bzw. die von ihm durchgeführte Prospektprüfung<sup>9</sup> aus. Eine ausdrückliche Namensnennung ist soweit nicht erforderlich; es genügt, wenn der Prospekt einen Hinweis auf die Person des Wirtschaftsprüfers enthält, der eine Identifizierung auch ohne Namensnennung – beispielsweise durch das Angebot, den Prüfungsbericht und das Testat auf Anfrage zu übersenden – mühelos ermöglicht<sup>10</sup>. Ist der Wirtschaftsprüfer – auch – Treuhänder, ergibt sich schon hieraus im Regelfall die Identifizierbarkeit.

Die üblicherweise insbesondere in älteren Emissionsprospekten zu findende Klausel, der Prospekt sei von einem Wirtschaftsprüfer geprüft, der aus standesrechtlichen Gründen nicht genannt werden könnte, wohl aber könnten Prüfungsbericht bzw. Testat auf Anforderung übersandt werden, ist daher nicht geeignet, die Haftung nach den dargestellten Grundsätzen auszuschließen<sup>11</sup>. Dagegen wird die allgemeine Mitwirkung an der Gestaltung des Prospektes bzw. die Beratung hierbei für sich genommen nicht als ausreichend erachtet, um eine Verantwortlichkeit für den Prospekt insgesamt zu begründen<sup>12</sup>.

Weiterhin ist im Zusammenhang mit der Erteilung von Testaten, die unter den vorbeschriebenen Umständen ebenfalls eine Haftung nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne begründen kann, Folgendes zu beachten.

In einem jüngst vom LG Hof<sup>13</sup> entschiedenen Fall war zum einen das von dem Wirtschaftsprüfer unterzeichnete Testat mit

Wissen und Zustimmung des Wirtschaftsprüfers in dem Emissionsprospekt abgedruckt worden, zum anderen aber auch der Vermerk, dass der Wirtschaftsprüfer gerade eine Vorprüfung zur Jahresabschlussprüfung durchführe und dass im Rahmen dieser Vorprüfung keine Anhaltspunkte bekannt geworden seien, die eine vom Vorjahr abweichende Beurteilung von Buchführung und Jahresabschluss nach sich ziehen würden.

Unter diesen Gegebenheiten haftet der Wirtschaftsprüfer selbstverständlich nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen der Prospekthaftung, wenn das von ihm erstellte Testat oder der in dem Prospekt abgedruckte Vermerk von Anfang an unrichtig waren, jedoch nur für daraufhin Beitretende. Ebenso haftet er aber, wenn ihm auf Grund von personellen Verflechtungen mit der Kapitalanlagegesellschaft die erforderliche Unabhängigkeit fehlte und er das Testat deshalb gar nicht hätte erstellen dürfen.

Darüber hinaus trifft den Wirtschaftsprüfer als Prospektverantwortlichen jedoch auch eine Pflicht zur permanenten Aktualisierung der in dem Prospekt verwendeten Angaben. Er hat daher stets auch zu prüfen, ob eine im Prospekt verwendete Bilanz bzw. ein hierauf bezogenes Testat die aktuelle Lage des Unternehmens adäquat wiedergibt<sup>14</sup>; kommt er dieser Aktualisierungspflicht nicht nach, macht er sich ebenfalls schadensersatzpflichtig<sup>15</sup>.

Schließlich stellt das LG Hof klar, dass sich die Haftung des Wirtschaftsprüfers nicht nur auf die in dem Testat enthaltenen Angaben beschränkt; vielmehr vertraue der durchschnittliche Anlageinteressent zu Recht darauf, dass ein Wirtschaftsprüfer seine Erklärungen und Testate – unabhängig von deren sachlichem Inhalt im Einzelnen – nicht für unseriöse Unternehmungen zur Verfügung stelle; zwar begründe der Wirtschaftsprüfer durch die Erteilung des Testates keine Garantie für den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens, wohl aber dafür, dass es sich nicht um eine kriminelle Unternehmung handle.

Gerade vor dem Hintergrund dieses aktuellen Urteils sollte man sich nochmals in Erinnerung rufen, dass der BGH in seiner jüngeren Rechtsprechung<sup>16</sup> verstärkt von Wirtschaftsprüfern fordert, selbst aktiv geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um einen von ihnen (mit-)geschaffenen Vertrauenstatbestand wieder zu beseitigen, wenn der Wirtschaftsprüfer (ggf. zu einem späteren Zeitpunkt) Unzulänglichkeiten im Geschäftsbetrieb seines Mandanten oder eine Diskrepanz zwischen seinem Auftragsinhalt und der Anpreisung im Prospekt feststellt<sup>17</sup>.

Welche Maßnahmen der Wirtschaftsprüfer im Einzelnen zu ergreifen hat, hängt nach Auffassung des BGH davon ab, ob seine Tätigkeit bereits nach außen hervorgetreten ist. War dies noch nicht der Fall, soll eine Kündigung des Prüfungsauftrags ausreichen. Andernfalls hält es der BGH für zumutbar, die Anleger in einer von ihm nicht näher konkretisierten Form zu warnen. Wie sich in diesem Zusammenhang der Konflikt zwischen der dem Wirtschaftsprüfer gegenüber seinem Mandanten gemäß § 43 WPO obliegenden Schweigepflicht und der Verpflichtung zum Ergreifen der vom BGH geforderten Maßnahmen auflösen lässt, ist bislang höchststrichterlich noch nicht hinreichend geklärt. Das LG Hof scheint es jedoch unter Berücksichtigung der einem Wirtschaftsprüfer obliegenden Schweigepflicht für ausreichend zu halten, wenn der Wirtschaftsprüfer sofort die weitere Verwendung des von ihm erstellten Testates durch seinen Mandanten untersagt, um so den von ihm geschaffenen Vertrauenstatbestand zu beseitigen<sup>18</sup>.

4 Vgl. etwa BGH v. 26. 9. 1991, VII ZR 376/89, DStR 1992, 189, für den Fall eines Steuerberaters.

5 St. Rspr. des BGH, z. B. BGH v. 27. 1. 2004, X ZR 37/03, ZIP 2004, 606, 610.

6 BGH v. 31. 5. 1990, VII ZR 341/88, WM 1990, 1658.

7 BGH v. 31. 5. 1990, VII ZR 341/88, WM 1990, 1658.

8 BGH v. 31. 5. 1990, VII ZR 340/88, NJW 1990, 2461.

9 BGH v. 31. 5. 1990, VII ZR 340/88, NJW 1990, 2461.

10 BGH v. 31. 5. 1990, VII ZR 340/88, NJW 1990, 2461.

11 Wagner, DStR 2001, 497, 501 m. w. N.

12 BGH v. 1. 12. 1994, III ZR 93/93, NJW 1995, 1025.

13 LG Hof v. 27. 1. 2004, 13 O 295/03, www.vur-online.de/entscheidung/49.html.

14 Assmann, in: Assmann/Schütze, Hdb. Kapitalanlagerecht, 2. Aufl. 1997, § 7 R.n. 71 m. w. N.

15 LG Hof v. 27. 1. 2004, 13 O 295/03 (Fn. 13).

16 BGH v. 26. 9. 2000, X ZR 94/98, DStR 2000, 2197.

17 Vgl. hierzu die Besprechung von Arnold, DStR 2001, 488.

18 LG Hof v. 27. 1. 2004, 13 O 295/03 (Fn. 13).

Anspruchsberechtigt im Sinne der Prospekthaftung im engeren Sinne können nur Kapitalanleger, nicht aber die Anlagegesellschaft selbst, sein, da nur erstere ihre Beitrittsentscheidung im (typisierten) Vertrauen auf den Wirtschaftsprüfer getroffen haben können.

Die Haftung greift bereits bei fahrlässigem Handeln des Wirtschaftsprüfers ein. Da nach ständiger Rechtsprechung die Kausalität zwischen Prospektfehler und Anlageentscheidung grundsätzlich vermutet wird<sup>19</sup>, muss der in Anspruch genommene Wirtschaftsprüfer im Ernstfall eines Prozesses darlegen und beweisen, dass sich der Anleger auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung für die entsprechende Kapitalanlage entschieden hätte. Unerheblich ist, ob sich gerade das Risiko verwirklicht hat, über das der Anleger wegen des Prospektfehlers nicht ordnungsgemäß aufgeklärt wurde<sup>20</sup>. Der Anleger kann daher auch dann Schadensersatz verlangen, wenn sich die Investitionsentscheidung aus anderen Gründen, die mit dem Prospektmangel nicht zusammenhängen, als unrichtig erweist<sup>21</sup>.

Die frühere über die Anwendbarkeit der berufsspezifischen Verjährungsvorschrift des § 51 a WPO geführte Diskussion ist nach seiner Abschaffung durch das WPRefG zum 1. 1. 2004 nur noch für Altfälle von Interesse<sup>22</sup>. Nach nunmehr geltendem Recht unterliegt auch die Prospekthaftung der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren, §§ 195, 199 BGB. Durch das Anlegerschutzverbesserungsgesetz<sup>23</sup> (AnSVG), das im nächsten Jahr in Kraft treten wird, wird die Prospekthaftung im engeren Sinne nach dem derzeit vorliegenden Entwurf eine gesetzliche Regelung entsprechend der börsengesetzlichen Regelungen erfahren; die Verjährung wird dann ein Jahr seit dem Zeitpunkt, in dem der Erwerber von der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Prospektangaben Kenntnis erlangt hat, spätestens jedoch drei Jahre seit Veröffentlichung des Prospektes, betragen, § 13 VerkProspG-E i. V. m. § 46 BörsG.

### 2.3 (Mit-)Haftung des Wirtschaftsprüfers als schlichter Berater für Prospekt- und Aufklärungsmängel?

Die vorstehend dargestellten allgemeinen Grundsätze der Prospekthaftung im spezifischen Tätigkeitsbereich der Wirtschaftsprüfer könnten eine Verschärfung erfahren, wenn die Leitlinien einer Arrest-Entscheidung des Kammergerichts Berlin<sup>24</sup> allgemeine Verbreitung finden. Dort wurde nämlich entschieden, dass Berater unter bestimmten Bedingungen auch dann haften können, wenn sie nicht unmittelbar nach außen hervorgetreten sind. So hatte der wirtschaftliche Berater einer Kapitalanlagegesellschaft Kenntnis davon, dass die in dem Prospekt dargestellten Risiken durch Zusicherung einer Kapitalerhaltungsgarantie von 75 % in vorsätzlich irreführender Weise relativiert wurden. Trotz Kenntnis schritt er zunächst gegen diese Praxis nicht ein, obwohl er sie hätte unterbinden können und dies zu einem späteren Zeitpunkt auch tat. Er haftet daher

– zumindest mit der für ein Arrestverfahren hinreichenden Wahrscheinlichkeit – einem Anleger, der unter Zusicherung der Kapitalerhaltung erworben wurde, auf vollen Schadensersatz, da er durch Unterlassen des Einschreitens die sittenwidrige Praxis förderte<sup>25</sup>.

Zwar ist zu berücksichtigen, dass es das Kammergericht ausdrücklich offen ließ, ob es hier von einem Fall der Prospekthaftung ausging, da nach Auffassung des Gerichtes ein Fall der Beihilfe zur vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß §§ 826, 830 BGB vorlag. Die Anforderungen an eine diesbezügliche Hilfenstellung setzte es aber recht niedrig an. Bei genauer Analyse von Tatbestand und Urteilsgründen gewinnt man den Eindruck, als ob das Gericht den beklagten Berater de facto eher dem Bereich der Initiatorenschaft zurechnete, ohne für eine ausdrückliche Bejahung dieses Umstandes, jedenfalls im Rahmen des summarischen Verfahrens, hinreichende Feststellungen treffen zu können. Die – ein wenig als solche erscheinende – „Notlösung“ einer Bejahung der Haftung auch des „schlichten“ Beraters ohne Setzung eines konkreten Vertrauensstatbestandes gegenüber dem Anleger mag im dort vorliegenden Fall zu einem zutreffenden Ergebnis geführt haben. Würden die Leitlinien dieser Entscheidung jedoch verallgemeinert, schienen sie in der Tendenz bedenklich.

Soweit sich die Tätigkeit des Beraters auf eine rein fachbezogene Mitwirkung bezieht und kein spezifischer Anknüpfungspunkt für einen gegenüber dem Anleger gesetzten Vertrauensstatbestand besteht, könnte eine verallgemeinernde Mitwirkung des lediglich intern dienstvertraglich gebundenen Fachberaters leicht die Schwelle zu einer Art „Sippenhaft“ für ein zivilrechtlich erhebliches Fehlverhalten seines Mandanten überschreiten. Außerhalb des Bereichs strafrechtlich relevanten Verhaltens, der u.a. durch § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 264a StGB auch zu einer entsprechenden Haftungsanknüpfung im Zivilrecht führt, muss deshalb der Verallgemeinerung einer Außenhaftung durch schlichte fachliche Mitwirkung mit Bedenken begegnet werden. Jedenfalls nach deutschem Rechtsverständnis<sup>26</sup> kann es auch nicht Aufgabe eines Wirtschaftsprüfers sein, seinen Mandanten dann, wenn dieser seine fachlichen Hinweise zur Verbesserung der Konzeptions-, Prospekt- oder Darstellungsqualität nicht berücksichtigt, hierzu zu zwingen, indem der Wirtschaftsprüfer das Anlegerpublikum durch eigenes aktives Handeln (z. B. Schalten von Anzeigen) zur Vermeidung seiner eigenen Haftung hiervon unterrichtet. Dies würde überdies zu gleichsam umgekehrten Haftungsrisiken führen, wenn sich im Nachhinein möglicherweise vor Gericht ergeben würde, dass die Konzeption bzw. Außerdarstellung durch den Mandanten jedenfalls hinreichend war und die eigenmächtige „Korrektur“ gegenüber dem Anlegerpublikum nur nach dem Verständnis des betreffenden Wirtschaftsprüfers geboten war.

(Der Beitrag wird im nächsten Heft fortgesetzt)

19 Z. B. BGH v. 16. 11. 1993, XI ZR 214/29, NJW 1994, 512 ff. m. w. N.

20 BGH v. 27. 11. 1990, XI ZR 115/29, MDR 1991, 140.

21 BGH v. 5. 7. 1993, II ZR 194/92, BGHZ 123, 106, (113).

22 Vgl. BGH v. 31. 5. 1990, VII ZR 340/88, NJW 1990, 2461 m. w. N.; v. 19. 11. 1987, VII ZR 39/87, NJW 1988, 1663 zur Frage der Verjährung bei „Mehrfachberuflern“.

23 <http://www.bundesfinanzministerium.de/Investment-und-Vermoeigen/Aktuell-528.23945/Gesetze/Anlegerschutzverbesserungsges...htm>; vgl. als weitergehende Besprechung Heisterhagen, DSrR 2004, 1089.

24 Kammergericht Berlin v. 27. 5. 2003, 9 U 354/02, DSrR 2004, 149.

25 Vgl. weiterführend hierzu Kiethe, DSrR 2004, 149 m. H. auf die weiteren Voraussetzungen.

26 Anders beispielsweise die Regelung in den USA (Sarbanes-Oxley-Act), vgl. hierzu z. B. Hilber/Hartung, BB 2003, 1054.

## Die Haftung von Wirtschaftsprüfern bei steuerorientierten Kapitalanlagen – Überblick und aktuelle Tendenzen (Teil II)

Von Prof. Dr. Thomas Zacher und Claudia Stöcker, beide Köln\*

Im letzten Heft:

1. Einleitung
2. Haftung des Wirtschaftsprüfers nach den Grundsätzen der Prospekthaftung
  - 2.1 Prospekthaftung als Initiator etc.
  - 2.2 Prospekthaftung aus anderen Gründen
- 2.3 (Mit-)Haftung des schlichten Beraters für Prospekt- und Aufklärungsmängel?

In diesem Heft:

3. Haftung für Prospektprüfungs- und ähnliche Gutachten
  - 3.1 Haftung des Gutachters nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne gegenüber dem Anlegerpublikum
  - 3.2 Vertragliche (Dritt-)Haftung
4. Haftung des Wirtschaftsprüfers als Mittelverwendungskontrolleur
5. Haftung des Wirtschaftsprüfers bei Durchführung der Pflichtprüfung gemäß § 323 HGB
6. Fazit

### 3. Haftung für Prospektprüfungs- und ähnliche Gutachten

Häufig werden Steuerberater und Wirtschaftsprüfer vom Initiator- bzw. Prospektherausgeber beauftragt, das Anlagemodell insgesamt oder besondere Teilaspekte der Konzeption zu prüfen. Ein derartiger Auftrag kann unterschiedliche Zwecke verfolgen. Es kann zum einen lediglich die interne (Gegen-)Prüfung bzw. Absicherung des Initiators und anderer maßgeblich Beteiligter bezweckt sein. Darüber hinaus ist aber auch meistens beabsichtigt, mit der Existenz bzw. den konkreten inhaltlichen Aussagen einer derartigen Begutachtung auch gegenüber den (potenziellen) Anlegern hervorzutreten und damit die Seriosität des Konzeptes darzustellen, wenn nicht sogar werblich zu unterstützen.

Die Begutachtung des Anlagekonzeptes oder besonderer Aspekte hiervon ist ebenso wie die Prüfung des Emissionsprospektes selbst gesetzlich nicht näher geregelt und auch nicht zwingend vorgesehen<sup>27</sup>. Der Prüfungsumfang ist dementsprechend unter Beachtung der allgemein geltenden berufsständischen Anforderungen der freien Vereinbarung zwischen dem Auftraggeber und dem Wirtschaftsprüfer zugänglich. In der Praxis wird regelmäßig – soweit es sich nicht ausdrücklich um die Begutachtung von Teilfragen handelt – der IDW-Standard

zu den Grundsätzen ordnungsgemäßer Beurteilung von Prospekten über öffentlich angebotene Kapitalanlagen (IDW S4) zu Grunde gelegt, welcher die früher geltende Stellungnahme des wohnungswirtschaftlichen Fachausschusses WFA1/87: Grundsätze ordnungsgemäßer Durchführung von Prospektprüfungen ersetzt<sup>28</sup>.

Soweit ein derartiges Gutachten ausschließlich im Verhältnis zum unmittelbaren Auftraggeber eingesetzt wird und dabei die geschuldeten Leistungen objektiv fehlerhaft erbracht werden, ergibt sich wiederum eine Haftung nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts und der ggf. ergänzend hinzutretenden berufsspezifischen Haftung. Wie bereits oben zu 1. angesprochen, können diese hier nicht näher untersucht werden.

#### 3.1 Haftung des Gutachters nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinne gegenüber dem Anlegerpublikum

Da Wirtschaftsprüfer nach insoweit unumstrittener Auffassung eine besondere Sachkunde für sich in Anspruch nehmen, haften sie nach den oben bereits zu 2.2 angesprochenen Grundsätzen der Prospekthaftung, wenn mit ihrer gutachterlichen Tätigkeit bzw. dem von ihnen erstellten Gutachten gegenüber dem Anlegerpublikum erkennbar besonderes Vertrauen in Anspruch genommen wird.

Die Reichweite der Haftung richtet sich zunächst nach dem Gegenstand des Gutachtens bzw. dem erteilten Testat. Ist dies erkennbar auf klar abgrenzbare Aspekte beschränkt, kann sich ein entsprechendes Vertrauen auch nur hierauf beziehen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass nach IDW S4 der Gegenstand der Prospektprüfung ein sehr umfassender ist, so dass bei Zugrundelegung dieser Empfehlung auch ein umfassender Verantwortungsbereich die Folge sein wird<sup>28a</sup>. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung Beschränkungen des Prüfungs- und damit Verantwortungsbereiches dann kritisch gegenübersteht, wenn es für den Gutachter erkennbar ist, dass die ihm angetragenen Einschränkungen und Begrenzungen seines Auftrages nur zu einem insgesamt unzulänglichen Ergebnis oder gar irreleitenden Eindruck auf – potenzielle – Anleger führen könnten<sup>29</sup>. In derartigen Fällen kann also eine (zu) starke Reduzierung des inhaltlichen Pflichtenkreises durch eine Art „Übernahmeverschulden“ kompensiert werden und gleichwohl zur Haftung führen.

Die Prospekthaftung des mit besonderer Sachkunde ausgestatteten Gutachters setzt weiterhin grundsätzlich voraus, dass dieser im Prospekt identifizierbar in Erscheinung getreten ist. Die Rechtsprechung verlangt auch hier keine ausdrückliche Namensnennung, wenn der betreffende Gutachter jedenfalls

28 Vgl. hierzu und den damit verbundenen erhöhten inhaltlichen Anforderungen Zacher, ZfR 2000, 751.

28a Bedenklich z. B. der umfangreiche Prüfungsumfang gemäß IDW S4 zu den rechtlichen Verhältnissen im Hinblick auf die engen Grenzen des Art. 1 § 4 Abs. 1 RBRG.

29 In diesem Sinne für den Fall einer Treuhändertätigkeit etwa BGH v. 26. 9. 2000, X ZR 94/98, DStR 2000, 2197, allerdings für den Fall einer Mittelverwendungskontrolle; in ähnlichem Sinne für den Fall einer Treuhändertätigkeit OLG Frankfurt v. 7. 11. 2002, 3 U 63/01, www.rws-verlag.de/zbbdat/urteile/urt03\_03/3U6301.htm.

\* Prof. Dr. Thomas Zacher, MBA, Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht, lehrt Wirtschafts- und EU-Recht sowie Steuerrecht an der FHDW Bergisch Gladbach und ist Partner der Sozietät Zacher & Partner, Köln; Claudia Stöcker ist als Rechtsanwältin in der Sozietät Zacher & Partner tätig.

27 Nach dem Referentenentwurf des Gesetzes zur Verbesserung des Anlegerschutzes ist in Zukunft auch für die bisher nicht erfassten geschlossenen Fonds eine – formelle – Inhaltsprüfung durch das Bundesamt für Finanzdienstleistungen vorgesehen; in der Diskussion ist, ob diese amtliche Prüfung durch die – freiwillige Vorlage eines Wirtschaftsprüfergutachtens gemäß IDW S4 ersetzt werden kann.

## AUFSATZ

identifizierbar ist<sup>30</sup>. Der diesbezüglichen und zum Teil kritisierten Rechtsprechung fehlt es aber noch an klaren Konturen. So hat die Rechtsprechung in anderen Fällen selbst bei namentlich genannten Fachkundigen wie z. B. Banken oder rechtlichen Beratern darauf abgestellt, ob mit der Namensnennung auch ein besonderer Vertrauenstatbestand geschaffen oder lediglich eine schlichte Information gegeben wurde<sup>31</sup>.

Kommt eine Prospekthaftung nach den vorgenannten Grundsätzen in Betracht, sind berufsspezifische Haftungsregelungen zu berücksichtigen, da in diesen Fällen der Anknüpfungspunkt für die entsprechende Haftung gerade das an den Berufsstand gebundene Vertrauen ist. Damit unterscheidet sich die Prospekthaftung „kraft in Anspruch genommener Sachkunde“ von der allgemeinen Prospekthaftung der Initiatoren etc. (vgl. oben 2.1).

### 3.2 Vertragliche (Dritt-)Haftung

Neben der bereits oben angesprochenen und rechtskonstruktiv unproblematischen vertraglichen Haftung gegenüber dem Auftraggeber stellt sich die Frage, inwieweit es zu einer vertraglichen Haftung gegenüber den Anlegern neben den vorgenannten Grundsätzen der Prospekthaftung kommen kann.

Nach dem Haftungskonzept des IDW S4 sollen einerseits die Prospekthaftung und ihr nahe stehende anderweitige Haftungsinstitute im Hinblick auf das Anlagepublikum durch Vermeidung jeglicher konkretisierenden Hinweise auf den Gutachter bzw. das Gutachten sowie durch das Verbot des werbemäßigen Einsatzes und das Verbot der Weitergabe des Prospektgutachtens an Dritte durch den Auftraggeber ohne ausdrückliche Zustimmung des Gutachters ausgeschlossen werden<sup>32</sup>. Andererseits soll die Haftung auf eine individualvertragliche Ebene im Rahmen eines Auskunftsvertrages mit entsprechenden Haftungsbegrenzungen kanalisiert werden, der vor Zur-Verfügung-Stellung des jeweiligen Gutachtens zwischen dem Gutachter und dem Anlageinteressenten individuell abzuschließen ist<sup>33</sup>.

Zutreffend ist, dass ein derartiger individueller Auskunftsvertrag nach allgemeinen Grundsätzen zum primären Anknüpfungspunkt einer Haftung gegenüber dem Anleger als Vertragspartner wird. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Vertragsfreiheit bei derartigen (Massen-) Verträgen durch das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB bzw. früher AGB-Gesetz), die Rechtsprechungsgrundsätze zur Einschränkung von sog. Haupt- bzw. Kardinalpflichten und das von der Rechtsprechung auch in anderen Fallkonstellationen bemühte strukturelle Ungleichgewicht der Vertragspartner im Hinblick auf den hier konkret in Rede stehenden Vertragsgegenstand Grenzen setzen dürften. Eine zu starke Eingrenzung der Verantwortlichkeiten, des Haftungsumfanges bzw. der Haftungshöhe oder der Haftungsdauer dürfte in derartigen „individualvertraglichen“ Auskunftsverträgen gegenüber den Anlegern unwirksam sein. Einige Fälle aus der Praxis geben hier zu Bedenken Anlass. Auf Grund des Verbotes der

sog. geltungserhaltenden Reduktion (vgl. § 306 Abs. 2 BGB) gilt gerade bei der Ausgestaltung derartiger Auskunftsverträge, dass weniger manchmal mehr ist. Im Übrigen ist es – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung noch ungeklärt, ob im Falle eines entsprechenden individuellen Auskunftsvertrages die weiteren in Betracht kommenden Haftungsanknüpfungen tatsächlich ausgeschlossen werden können<sup>34</sup>.

Die Rechtsprechung neigt vielmehr dazu, auch Dritte in den Schutzbereich des mit einem (anderen) Auftraggeber geschlossenen Gutachtens oder Prüfungsauftrages mit einzubeziehen, wenn ein Dritter – für den Sachverständigen erkennbar – bestimmungsgemäß das Ergebnis zum Gegenstand einer wirtschaftlich bedeutsamen Entscheidung machen soll<sup>35</sup>.

Gestützt wird dies auf die unmittelbare oder analoge Anwendung von § 328 BGB. Diese Regelungen sind insbesondere auch bei Gutachten von Wirtschaftsprüfern anzuwenden<sup>36</sup>.

Wenn das entsprechende Gutachten nicht entgegen einer ausdrücklichen Vereinbarung im Hinblick auf den Verwendungszweck (allein für den auftraggebenden Initiator) Dritten zur Kenntnis gelangt, wird man im Sinne dieser Rechtsprechung weder an der objektiven Bestimmung derartiger Gutachten noch der Kenntnis bzw. des Kennen müssens des ausführenden Gutachters zweifeln können. Da derartige Gutachten in der Praxis in aller Regel nicht ausschließlich zur internen Verwendung für den Initiator in Auftrag gegeben werden, muss es auch zweifelhaft erscheinen, ob diesbezügliche vertragliche Ausschlussklauseln<sup>37</sup> dem zuverlässig entgegenwirken können. Es erscheint vielmehr auch die umgekehrte Argumentation denkbar, dass gerade durch die Verwendung einer solchen Klausel bei Kenntnis der üblichen Praxis eine „Bösgläubigkeit“ des Gutachters zu unterstellen sei.

Entfaltet nach den vorgenannten Grundsätzen der mit dem auftraggebenden Initiator geschlossene Vertrag Schutzwirkung zu Gunsten der Anleger, ist dieser Vertrag zunächst auch Haftungsanknüpfungspunkt. In vielen Fällen, in denen später Anleger die Inhalte und Qualität eines Gutachtens zum Anknüpfungspunkt ihrer Ansprüche machen werden, wird aus Sicht des Gutachters der Einwand nahe liegen, dass seitens des Auftraggebers eine unrichtige bzw. unvollständige Sachinformation gegenüber dem Gutachter erfolgte. Da die Schutzwirkung Dritter grundsätzlich nicht weitergehen kann als die gegenüber dem unmittelbaren Vertragspartner<sup>38</sup>, kann hiermit ein erheblicher Einwand in vielen praktischen Haftungsfällen vorliegen. Ähnliches gilt für ein entsprechendes Mitverschulden des Auftraggebers bei der im Ergebnis fehlerhaften oder unvollständigen Aussage eines Gutachtens. Zum Teil wird jedoch angenommen, dass in diesen Fällen die entsprechende Anwendung des § 334 BGB als „stillschweigend“ abgedungen gelten soll<sup>39</sup>. Auch hier fehlt es jedoch noch an klaren Konturen der Rechtsprechung, erst recht im Falle der Begutachtung von Kapitalanlagemodellen.

Auch insoweit kann jedoch davon ausgegangen werden, dass allgemeine berufsrechtliche Haftungs- und Verjährungs-

30 Vgl. BGH v. 31. 5. 1990, VII ZR 340/88, BGHZ 111, 314, 320; vgl. im Übrigen hierzu bereits oben 2.2.

31 Vgl. jüngst BGH v. 27. 1. 2004, XI ZR 37/03, ZIP 2004, 606, 609 (zu Banken); v. 1. 12. 1994, III ZR 93/93 (zu Rechtsanwälten), WM 1995, 334.

32 Vgl. IDW S4, Tz. 29 ff.

33 Zu diesem Haftungskonzept und der damit verbundenen Vorstellung vom weitgehenden Ausschluss konkurrierender Haftungstatbestände vgl. *Wagner*, DStR 2001, 497, 503 ff.; *Wagner*, BuFP 2000, 594, 602 ff.

34 Vgl. hierzu *Zacher*, ZfR 2000, 751, 755.

35 Vgl. zur beruflichen „Dritthaftung“ der rechts- und steuerberatenden Berufe im Überblick, NJW 2000, 1601.

36 *Zugehör*, NJW 2000, 1601.

37 Vgl. IDW S4, Tz. 31.

38 Vgl. *Zugehör*, NJW 2000, 1601, 1602.

39 Vgl. z. B. BGH v. 10. 11. 1994, III ZR 50/94, NJW 1995, 392; v. 13. 11. 1997, X ZR 144/94, NJW 1998, 1059, 1061.



## AUFSATZ

vorschriften eingreifen, da Anknüpfungspunkt für eine derartige Haftung aus Vertrag zu Gunsten Dritter bzw. mit Schutzwirkung für Dritte wiederum die berufsspezifische Tätigkeit des Gutachters ist.

Inbesondere bei vorsätzlich oder gar mit Schädigungsabsicht inhaltlich fehlerhaft oder unvollständig vorgenommenen Begutachtungen ist daneben an eine deliktische Haftung nach den allgemeinen Grundsätzen zu denken. In derartigen Fällen werden § 826 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den einschlägigen strafrechtlichen Bestimmungen auch zu Lasten des Gutachters eingreifen. Die Vorschriften der WPO selbst sind jedoch nach herrschender Meinung keine Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2 BGB<sup>40</sup>.

Im Hinblick auf den Schaden und die diesbezüglichen Anspruchsberechtigten ist im Falle der fehlerhaften Begutachtung oder Testierung wiederum zu differenzieren. Soweit derartige fehlerhafte Arbeitsergebnisse die Anlageentscheidung des Anlegers im Hinblick auf die zeitliche Abfolge beeinflussen haben können und im Übrigen die oben skizzierten Voraussetzungen zu bejahen sind, wird ein unmittelbarer Anspruch des Einzelanlegers auf wirtschaftliche Neutralisation seiner auf fehlerhafter Grundlage seinerzeit getroffenen Anlageentscheidung bejaht<sup>41</sup>. Die Rechtsprechung fordert weder den Einzelnachweis, dass das entsprechende Gutachten dem Anleger inhaltlich positiv bekannt war, noch eine Kausalitätsverknüpfung dahin gehend, dass die inhaltlich zu beanstandenden Aussagen auch tatsächlich zu dem – im Regel später eingetretenen – Verfall des Wertes der entsprechenden Kapitalanlage in einem konkreten Zusammenhang gestanden haben.

Problematischer ist es jedoch, wenn auf Grund der oben genannten Besonderheiten die Haftung für ein fehlerhaftes Gutachten keine Drittwirkung entfalten kann und somit als Anspruchsberechtigter nur der Auftraggeber selbst in Betracht kommt. Der Schutzzweck eines entsprechenden Gutachtens liegt im Regelfall darin, dem Anleger eine zutreffende Beurteilung der entsprechenden Kapitalanlage bzw. Beteiligung zu ermöglichen. Soweit das Gutachten deshalb fehlerhaft ist, weil dem Gutachter die Anknüpfungstatsachen nicht bzw. nicht vollständig vom Auftraggeber dargestellt worden sind, wird insoweit dem Grunde nach kein Schaden darstellbar sein, denn die (bösgläubigen) Auftraggeber haben in diesem Fall keine eigene rechtserhebliche Disposition im Vertrauen auf das im Ergebnis fehlerhafte Gutachten getätigt. Hier kommt ein relevanter Schaden nur dann in Betracht, wenn trotz zureichender Sachverhalts- und Tatsachengrundlage inhaltlich gegen die berufsrechtlichen Anforderungen einer sachkundigen und ordnungsgemäßen Tätigkeit verstoßen wurde. Selbst dann bleibt es aber eine Frage des Einzelfalles, ob durch das aus diesen Gründen im Ergebnis fehlerhafte Gutachten eine Vermögensdisposition oder eine andere konkret abgrenzbare Schädigung eingetreten ist.

Insoweit ist jedenfalls kein mittelbarer Schaden dadurch denkbar, dass die Anleger gegenüber der Beteiligungsgesellschaft selbst entsprechende Regressansprüche haben, da diese nach allgemeiner Auffassung selbst nicht Anspruchsverpflichteter von Prospekthaftungsansprüchen ist<sup>42</sup>. Ist das Gutachten

durch andere Beteiligte (Initiatoren, Vertrieb etc.) in Auftrag gegeben worden, ist ein derartiger Regressschaden wegen Anleegeransprüchen zwar konstruktiv denkbar; auch hier wird die Durchsetzung eines entsprechenden Schadensersatzanspruches in der Praxis aber oft an dem Umstand scheitern, dass im Innenverhältnis der Auftraggeber letztlich das im Ergebnis fehlerhafte Gutachten zu verantworten hat.

#### 4. Haftung des Wirtschaftsprüfers als Mittelverwendungskontrolleur

Das unter dem Stichpunkt „Mittelverwendungskontrolle“ zusammengefasste Tätigkeitsfeld erfährt in der Praxis die unterschiedlichsten Ausgestaltungen. Dies gilt im Hinblick auf den Leistungszeitpunkt, bei dem an die nachträgliche Mittelverwendungskontrolle im Gegensatz zur anfänglichen Mittelfreigabekontrolle zu denken ist. Auch Intensität und Prüfungsdichte sind in der Praxis sehr unterschiedlich ausgestaltet; die Bandbreite reicht von der lediglich formellen Prüfung der Einhaltung bestimmter Kriterien bis hin zur eigentlichen materiellen Mittelverwendungskontrolle<sup>43</sup>. Gemeinhin handelt es sich aber bei Mittelverwendungskontrollverträgen um Geschäftsbesorgungsverträge mit dienstvertraglichem Charakter<sup>44</sup>. Da § 323 HGB als Spezialvorschrift jedoch nur die Haftung des Wirtschaftsprüfers im Rahmen der Durchführung der handelsrechtlichen Pflichtprüfung regelt<sup>45</sup>, richten sich Ansprüche gegen Wirtschaftsprüfer im Rahmen der Ausübung von Mittelverwendungskontrolltätigkeiten nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften.

Zum einen ist hier zu berücksichtigen, dass der Geschäftsbesorger gemäß § 667 BGB verpflichtet ist, dem Auftraggeber alles, was er zur Durchführung seines Auftrags erhalten hat, herauszugeben. Hierzu gehören auch diejenigen Gelder, die einem Mittelverwendungskontrolleur in Ausübung seiner Tätigkeit von Anlegern zur Weiterleitung an bestimmte Dritte auf sein Anderkonto überwiesen werden<sup>46</sup>. Von der Herausgabeverpflichtung wird der Mittelverwendungskontrolleur nur dann frei, wenn er die eingezahlten Gelder bestimmungsgemäß verwendet; hierfür ist er im Ernstfall eines Prozesses auch darlegungs- und beweispflichtig.

Zum anderen kann eine Verpflichtung zum Schadensersatz bei Ausübung der Mittelverwendungskontrolle gemäß § 280 BGB entstehen, wenn der Mittelverwendungskontrolleur eine ihm im Rahmen der Mittelverwendungskontrolle obliegende Pflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt. Die dem Mittelverwendungskontrolleur obliegenden Pflichten ergeben sich aus dem konkreten Auftragsumfang.

Aber auch bereits vor Abschluss eines Mittelverwendungskontrollvertrages kann ein Mittelverwendungskontrolleur eine ihm obliegende Pflicht verletzen und sich letztlich schadensersatzpflichtig machen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Mittelverwendungskontrolleur bereits vor Vertragsschluss anhand des ihm vorliegenden Vertragswerkes erkennen kann, dass er seine vertraglichen Mitwirkungs-, Kontroll- und Über-

42 Assmann, in: Assmann/Schütze, Hdb. Kapitalanlagerecht, 2. Aufl. 1997, § 7 Rn. 102 ff.

43 Vgl. Strohm, DStR 1991, 1458.

44 Z. B. Strohm, DStR 1991, 1457, 1458; a. A. ohne weitere Begründung BGH v. 26. 9. 2000, X ZR 94/98, DStR 2000, 2197.

45 Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, 31. Aufl. 2003, § 323 Rn. 1.

46 BGH v. 30. 10. 2003, III ZR 344/02, ZIP 2004, 171.

40 Vgl. OLG Saarbrücken v. 12. 7. 1978, 1 U 174/76, BB 1978, 1434, 1436; LG Hamburg, WM 1999, 139.

41 Vgl. BGH v. 26. 9. 2000, X ZR 94/98, DStR 2000, 2197; v. 31. 5. 1990, VII ZR 340/88, NJW 1990, 2461; im Übrigen oben bereits 2.2.

## AUFSATZ

wachungsrechte tatsächlich nicht bzw. nicht sachgerecht ausüben können wird<sup>47</sup>.

In diesem Fall ist der Mittelverwendungskontrolleur nach Auffassung der Rechtsprechung verpflichtet, die Übernahme der Mittelverwendungskontrolle abzulehnen oder aber die Beitrittsinteressenten davon zu unterrichten, dass die an sich gebotene Prüfung des Treugutes nicht erfolgt ist<sup>48</sup>.

Als Anspruchsberechtigter kommt zum einen der geschädigte Kapitalanleger in Betracht; selbst wenn der Treuhandvertrag, der die Mittelverwendungskontrolle als Aufgabe beinhaltet, zwischen dem Mittelverwendungskontrolleur und der Kapitalanlagegesellschaft selbst abgeschlossen wurde, nimmt die Rechtsprechung üblicherweise einen Vertrag zu Gunsten Dritter an<sup>49</sup> und begründete so die Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs auch gegenüber den Anlegern. In einem neueren Urteil hat der BGH sogar den Abschluss eines stillschweigenden Geschäftsbesorgungsvertrags zwischen Mittelverwendungskontrolleur und Anleger bejaht, der in dem entschiedenen Fall dadurch zustande kam, dass die Anleger das Geld auf ein Anderkonto des Mittelverwendungskontrolleurs überwiesen hatten<sup>50</sup>.

Als weiteren Anspruchsberechtigten ist an die Anlagegesellschaft selbst zu denken. Zumindest bei der nachträglichen Mittelverwendungskontrolle wird jedoch das Verhalten des Wirtschaftsprüfers oft nicht ursächlich für den eingetretenen Verletzungserfolg geworden sein, da die Mittelverwendungskontrolle erst nach Eintritt des Schadens – also der ggf. zweckwidrigen Verwendung der Mittel – geschuldet wird<sup>51</sup>. Bei der anfänglichen Mittelverwendungs- bzw. Mittelfreigabekontrolle hingegen hängt die Frage der haftungsbegründenden Kausalität von dem konkret vereinbarten Aufgabenbereich des Mittelverwendungskontrolleurs ab, so dass es hier – wie so oft – auf den viel zitierten Einzelfall ankommt.

Jedenfalls ist aber zu berücksichtigen, dass der Schaden in der Regel durch das Verhalten von Organen der Kapitalanlagegesellschaft in nicht unerheblichem Umfang (mit-)verursacht wird. In diesem Fall greifen die Grundsätze des Mitverschuldens, § 254 BGB, ein, die zu einer Haftungsreduzierung, u. U. sogar auch zu einem völligen Haftungsausschluss führen können. Gerade bei planmäßig und gezieltem Handeln der Organe der Anlagegesellschaft tritt gemäß § 254 BGB die Haftung des Wirtschaftsprüfers hinter dem Mitverschulden der Kapitalanlagegesellschaft zurück, wenn dem Wirtschaftsprüfer seinerseits nur Fahrlässigkeit zu Last gelegt werden kann<sup>52</sup>.

### 5. Haftung des Wirtschaftsprüfers bei Durchführung der Pflichtprüfung gemäß § 323 HGB

Gemäß § 323 HGB haftet der Wirtschaftsprüfer bei Durchführung der handelsrechtlichen Pflichtprüfung für die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der sich aus §§ 316, 317 HGB ergebenden Pflichten. Die Haftung für fahrlässiges Handeln ist auf 1 Mio. € bzw. 4 Mio. € bei Prüfung von Aktiengesellschaften, die Aktien mit amtlicher Notierung ausgegeben haben, begrenzt; die Verjährung beträgt fünf Jahre.

Zwar sind hier vielgestaltige Pflichtverletzungen dem Grunde nach denkbar, im Hinblick auf die Besonderheiten bei Anlagemodellen werden aber häufig andere Tatbestandsvoraussetzungen zweifelhaft sein.

Anspruchsberechtigt ist gemäß § 323 HGB die Anlagegesellschaft selbst sowie ein mit dieser verbundenes Unternehmen. Auch hier besteht jedoch die Problematik des konkret durch eine fehlerhafte Pflichtprüfung entstandenen Schadens. Weiter kommt auch hier der Gedanke des Mitverschuldens zum Tragen. Dieser wird aber im Hinblick auf die Aufgabe des Abschlussprüfers, die ja gerade darin besteht, Fehler in der Rechnungslegung der Gesellschaft aufzudecken und so drohenden Schaden von dieser abzuwenden, restriktiver angewendet<sup>53</sup>.

Geschädigte Kapitalanleger können sich nicht auf § 323 HGB berufen. Zum einen ist der Anspruchsberechtigte in § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB klar definiert. Zum anderen stellt § 323 HGB nach ständiger Rechtsprechung kein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB dar<sup>54</sup>. Eine Haftung nach anderen Grundsätzen ist jedoch auch gegenüber den Kapitalanlegern nicht ausgeschlossen.

Weiterhin werden durch das AnSVG Emittenten geschlossener Fonds, die bislang noch nicht prüfungspflichtig sind, verpflichtet, entsprechend den handelsrechtlichen Bestimmungen einen Jahresabschluss aufzustellen und prüfen zu lassen, vgl. § 8h Abs. 1 VerkProspG-E; soweit sie dies nicht tun, besteht die Verpflichtung, auf die fehlende Aufstellung und Prüfung an hervorgehobener Stelle in dem Emissionsprospekt hinzuweisen, § 8h Abs. 2 VerkProspG-E.

### 6. Fazit

Haftungsrisiken können bei Wirtschaftsprüfern im Zusammenhang mit Kapitalanlagemodellen in vielfältiger Gestalt auftreten. Das gilt auch dann, wenn sich ihre Tätigkeit eindeutig auf „diesseits“ der Grenze des berufsspezifisch Erlaubten liegende Leistungsgegenstände bezieht.

Auch dann kann unter den dargestellten Voraussetzungen eine allgemeine Prospekthaftung gegenüber dem Anlegerpublikum in Frage kommen; zugleich wird gerade im vorliegenden Bereich eine Dritthaftung auf vertraglicher Grundlage von der Rechtsprechung weit eher bejaht, als dies im allgemeinen Vertragsrecht der Fall ist.

Während die Verantwortlichkeiten gegenüber dem eigentlichen Auftraggeber im Regelfall noch überschaubar und handhabbar bleiben, ist dies im Verhältnis zu dem oft großen Anlegerkreis keineswegs sichergestellt. Dies wird auch begünstigt durch eine in ihren Leitlinien nicht immer stringente und konsistente Rechtsprechung. Im Rahmen von – im Ergebnis oft durchaus nachvollziehbaren – Einzelfällen werden zum Teil Aussagen aufgestellt, die in ihrer Allgemeinheit zu weit gegriffen erscheinen. Will man vermeiden, dass auch die mit der angemessenen berufsüblichen Sorgfalt handelnden Berufsträger in allzu starkem Maße faktisch an das Risiko des wirtschaftlichen Erfolges des jeweiligen Anlagemodells bzw. der allgemeinen Initiatorenhaftung angekoppelt werden, erscheinen noch schärfere Trennlinien zur Erfassung der „schwarzen Schafe“ gegenüber den lediglich im Rahmen ihrer Berufstätigkeit an einem entsprechenden Konzept beteiligten Berufsträgern nötig.

47 BGH v. 24. 7. 2003, III ZR 390/02, NJW-RR 2003, 1342.

48 BGH v. 30. 10. 2003, III ZR 344/02, ZIP 2004, 171.

49 BGH v. 1. 12. 1994, III ZR 93/93, WM 1995, 344.

50 BGH v. 30. 10. 2003, III ZR 344/02, ZIP 2004, 171.

51 BGH v. 26. 9. 2000, X ZR 94/98, DStR 2000, 2197.

52 BGH v. 23. 10. 1997, III ZR 275/69, NJWE/VHR 1998, 39.

53 Baumbach/Hopt/Merkel, (Fn. 45), § 323 Rn. 7.

54 Baumbach/Hopt/Merkel, (Fn. 45), § 323 Rn. 8.