

Transnationales Recht

Stand und Perspektiven

Herausgegeben von
Graf-Peter Calliess

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Graf-Peter Calliess ist Professor für Bürgerliches Recht, internationales und vergleichendes Wirtschaftsrecht sowie Rechtstheorie an der Universität Bremen und Direktor am Zentrum für transnationale Studien.

ISBN 978-3-16-152958-0

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel-Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Graf-Peter Calliess und *Andreas Maurer*
Transnationales Recht – eine Einleitung 1

I. Was ist transnationales Recht?

Ralf Michaels
Was ist nichtstaatliches Recht? Eine Einführung 39

Lars Viellechner
Was heißt Transnationalität im Recht? 57

Gunther Teubner
Transnationaler *pouvoir constituant*? 77

Gerd Winter
Transnationale informelle Regulierung: Gestalt, Effekte
und Rechtstaatlichkeit 95

II. Transnationales Privatrecht

Nils Jansen
Informelle Autoritäten in der Entwicklung
des transnationalen Privatrechts 115

Jürgen Basedow
Komplexität der Wirtschaft, Allokation des Wissens
und privates Privatrecht 141

Florian Möslein

Dispositive Regeln im transnationalen Privatrechtsverkehr:
Same same, but different? 155

Lorenz Kähler

Zum Vertragsmanagement in transnationalen Unternehmen 173

Gerald Spindler

Transnationalisierung und Renationalisierung des Rechts im Internet . . 193

III. Transnationales Wirtschafts- und Finanzmarktrecht

Moritz Renner

Transnationalisierung in Wirtschaft, Recht und Gesellschaft 225

Christian Tietje

Transnationalisierung des Wirtschaftsrechts 239

Stephan Meder

Ungeschriebenes „Recht“ im transnationalen Raum am Beispiel
der Corporate Governance Verhaltenscodices 257

Johannes Köndgen

Transnationale Regel- und Standardbildung auf Finanzmärkten –
vor und nach der Krise 277

Gerhard Wagner

Die mangelhafte Haftungsverfassung der Finanzmärkte:
Verantwortlichkeit von Wirtschaftsprüfern gegenüber
dem Anlegerpublikum 307

IV. Transnationales Öffentliches Recht

Martin Kment

Transnationalität im Verwaltungsrecht 331

Myriam Senn

Transnationales Recht und öffentliches Recht zwischen Konvergenz
und Divergenz 353

<i>Karl-Heinz Ladeur</i> Die Evolution des allgemeinen Verwaltungsrechts und die Emergenz des globalen Verwaltungsrechts	369
<i>Stefan Oeter</i> Vom Völkerrecht zum transnationalen Recht – „transnational administrative networks“ und die Bildung hybrider Akteursstrukturen	387
<i>Claudio Franzius</i> Transnationalisierung des Europarechts	403
<i>Friedhelm Hase</i> Transnationale Standards in der gesundheitlichen Versorgung. Das Gesundheitsrecht und die Entstehung eines globalen medizinisch-gesundheitlichen Wissensmanagements	427
<i>Andreas Fischer-Lescano</i> Mäßigung der Verhältnismäßigkeit – Whistleblowing im transnationalen Recht	435
V. Transnationales Arbeitsrecht	
<i>Ulrich Mückenberger</i> Ein globales Hybridarbeitsrecht	457
<i>Eva Kocher</i> Corporate Social Responsibility und Transnationalisierung des Arbeitsrechts	479
<i>Katja Nebe</i> Transnationalisierung des Arbeitsrechts – eine weitreichende Tradition von der IAO zu Europäischen Sozialen Dialogen	497
<i>Ursula Rust</i> General Comments – zu einem unbekanntem Element transnationalen Rechts am Beispiel alter(n)sgerechter und gendersensibler Modernisierung von Alterssicherungssystemen	515

VI. Transnationales Strafrecht

*Florian Jeßberger*Transnationales Strafrecht, Internationales Strafrecht, Transnationale
Strafrechtsgeltung – eine Orientierung 527*Ingeborg Zerbes*Transnationales Korruptionsstrafrecht: Gestaltungsmacht privater
Akteure hinter staatlichem Regelungsanspruch 539

VII. Transnationales Recht als Methode

*Peer Zumbansen*Methodologie und Legitimation: Transnationales Recht als Politische
Rechtstheorie 557

Autorenverzeichnis 585

Die mangelhafte Haftungsverfassung der Finanzmärkte: Verantwortlichkeit von Wirtschaftsprüfern gegenüber dem Anlegerpublikum

Gerhard Wagner

I. Die Finanzkrise als Krise des Haftungsrechts

Der Zusammenbruch des US-amerikanischen Immobilienmarkts, die daraus folgende Entwertung verbriefter Hypothekendarlehen und die dadurch bedingte existentielle wirtschaftliche Not vieler Kreditinstitute hat die Haftungsverfassung der Finanzmärkte in den Fokus der Politik und des öffentlichen Interesses gerückt. Allenthalben ist das Postulat formuliert worden, den durch globale Finanzmärkte erweiterten Handlungsmöglichkeiten und Gewinnchancen der Akteure müsse eine entsprechende Verantwortung – sprich: Haftung – korrespondieren. Auf dem Höhepunkt der ersten Finanzkrise im Oktober 2008 erklärte die Bundeskanzlerin im Deutschen Bundestag im Rahmen einer Regierungserklärung:

„Ich will an dieser Stelle darauf hinweisen: Wir haben heute im Kabinett darüber gesprochen, dass es in Deutschland sehr wohl rechtliche Grundlagen gibt, um Manager und Aufsichtsräte in die Haftung zu nehmen. Wir stellen allerdings fest, dass diese gesetzlichen Regelungen so gut wie nicht genutzt werden. Ich glaube, wir alle sollten darauf schauen, wie wir es dazu bringen können, dass sie besser genutzt werden, oder wie wir Gesetze so ändern, dass sie genutzt werden. Auch das halte ich für absolut zwingend.“¹

Seit Oktober 2008 haben sich die Ereignisse überschlagen. Das Interesse an der Aufarbeitung der ersten Finanzkrise, die im Kern eine Bankenkrise war, ist durch die zweite Finanzkrise abgelöst worden, in deren Mittelpunkt überschuldete Staaten des Euroraums stehen. Die legislatorischen Konsequenzen aus der ersten Finanzkrise haben sich bisher vor allem im Bereich der Regulierung von Banken sowie der Restrukturierung und Abwicklung von Kreditinstituten ma-

¹ Regierungserklärung von *Angela Merkel*, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 16/181, 19322 (B).

nifestiert.² Eine Neuordnung des unternehmensbezogenen Haftungsrechts steht noch aus.

Der legislatorische Attentismus, der im Bereich der haftungsrechtlichen Konsequenzen der Finanzkrise zu verzeichnen ist, hat zumindest auch sachliche Gründe. So eingängig und klar das Postulat der Einheit von Chancen und Risiken, von privaten Gewinnen aus risikoreichen Transaktionen und haftungsrechtlicher Verantwortung für die nach Realisierung solcher Risiken entstandenen Schäden auch sein mag, seine Verdichtung und Umsetzung in konkrete Haftungsregeln ist keine triviale Aufgabe. Eine der zentralen Fragen, die dafür beantwortet werden müssen, betrifft die Identifikation der Haftungssubjekte.

Die Bundeskanzlerin sah in der zitierten Regierungserklärung Vorstände und Aufsichtsräte, also die Leitungsorgane von Aktiengesellschaften, als „natürliche“ Adressaten verschärfter Haftungsregeln an.³ In diesem Bereich ist der Gesetzgeber auch aktiv geworden, wenn auch bisher nicht durch die Verschärfung der Haftung, sondern durch die Novellierung der Regeln zur Vorstandsvergütung.⁴ Der Focus auf die Leitungsorgane von Kreditinstituten verdeckt, dass Banken keineswegs die einzigen Akteure auf entwickelten Kapitalmärkten sind. Neben den Kapitalanlegern lässt sich eine dritte Gruppe ausmachen, die Informationen zu Kapitalanlagen generieren und verbreiten und die deshalb als Informationsmakler, Informationsintermediäre⁵ oder – im Anschluss an die in den USA wohl üblich gewordene Nomenklatur – als Gatekeeper bezeichnet werden können.⁶ Diese Akteure treten selbst nicht als Händler oder Vermittler an den Kapitalmärkten auf, sondern generieren Informationen über Unternehmen, die am Markt gehandelte Wertpapiere emittiert haben oder erstmalig emittieren wollen, sowie über Finanzprodukte, die von Unternehmen, Kreditinstituten oder Fondsgesellschaften emittiert werden sollen. Zu diesem Kreis der Intermediäre zählen Investmentbanken und Anwaltskanzleien, die Unternehmen beim Börsengang beraten und begleiten, darüber hinaus Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Ratingagenturen, die die Rechnungslegung der Unternehmen prüfen und testieren oder – im Fall des Ratings – die Bonität von Unternehmen (sog. Emittentenrating) – oder von Finanzprodukten (sog. Emissionsrating) – bewerten und zu griffigen Qualitätssignalen verdichten. Die

² Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung v. 9. 10. 2010, BGBl. I 1900.

³ Dazu eingehend *Lutter*, Managementverantwortung, in: Grundmann/Hofmann/Möslin (Hrsg.), Finanzkrise und Wirtschaftsordnung, 2009, S. 77 ff.

⁴ Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung v. 31. 7. 2009, BGBl. I 2509.

⁵ So *Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law, 1991, S. 292 f.: Wirtschaftsprüfer als „informational intermediaries“.

⁶ So grundlegend *Kvaakman*, Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy, 2 Journal of Law, Economics and Organization (1986), 53 ff.; ausführlich *Coffee*, Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance, 2006.

EU-Kommission hat den Vorschlag gemacht, die EU-Verordnung über Ratingagenturen um eine Haftungsregel zu ergänzen, die unter bestimmten Voraussetzungen die Liquidation von Anlegerschäden erlaubt.⁷ Die Einzelheiten dieses Vorschlags sind an anderer Stelle dargestellt und seine Vor- und Nachteile gewürdigt worden.⁸

Demgegenüber ist das Haftungsregime für Wirtschaftsprüfer trotz der Finanzkrise unangetastet geblieben. Die europäische Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen setzt ausschließlich auf Regulierungsrecht,⁹ und eine im Juni 2008 nahe dem Scheitelpunkt der Finanzkrise ergangene Empfehlung der Europäischen Kommission sorgt sich vor allem um die Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern anstatt um deren Begründung oder Ausweitung.¹⁰ Das Grünbuch der Europäischen Kommission zur Reform des Rechts der Abschlussprüfung trägt zwar den viel-sagenden Titel „Lehren aus der Krise“, erwähnt das Wort „Haftung“ aber nur dann, wenn von einer „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ die Rede ist.¹¹ In ihrem Ende 2011 vorgelegten Entwurf einer Verordnung über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse setzt die Kommission auf noch mehr Regulierung, nämlich Maßnahmen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der Prüfer und der Transparenz des Prüfungsverfahrens bis hin zur intensiven Marktüberwachung durch Zentralbehörden der Mitgliedstaaten.¹² Ein etwas leichterer Ansatz wird mit Blick auf die Prüfung der übrigen Unternehmen in einem weiteren Entwurf einer

⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, KOM(2011) 747 endg., S. 37f.; das Parlament hat den Vorschlag in stark veränderter Fassung am 16. 01. 2013 angenommen, P7_TA-PROV(2013)0012 A7-0221/2012, S. 31 f.

⁸ Wagner, Die Haftung von Ratingagenturen gegenüber dem Anlegerpublikum, in: Jung u. a. (Hrsg.), Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag: Einheit und Vielfalt im Unternehmensrecht, 2013, S. 467 ff.; *ders.*, in: FS Kirchner (im Erscheinen).

⁹ Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253 des Rates, ABl. L 157/87. Eingehend zur Entwicklung *Hopt/Merkt*, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 2012, Vor § 316 Rn. 3 ff.

¹⁰ Empfehlung der Kommission zur Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften v. 5. 6. 2008, ABl. L 162/39.

¹¹ Europäische Kommission, Grünbuch Weiteres Vorgehen im Bereich der Abschlussprüfung: Lehren aus der Krise, v. 13. 10. 2010, KOM(2010) 561 endg.

¹² Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse, v. 30. 11. 2011; KOM (2011) 779 endg. Ursprünglich hatte die Kommission noch weitergehende Maßnahmen ins Auge gefasst, bis hin zur Vergabe von Mandaten und Festsetzung von Honoraren durch staatliche Behörden; kritisch dazu *Hopt/Merkt*, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.), HGB (Fn. 9), Vor § 316 Rn. 4.

Richtlinie zur Änderung der Abschlussprüfer-Richtlinie gewählt,¹³ doch von Haftung ist nirgends die Rede.

Im Folgenden wird zunächst die Rechtslage in Deutschland dargestellt (II.) und anschließend mit der Wirtschaftsprüferhaftung nach US-amerikanischem Recht verglichen (III). Vor diesem Hintergrund werden sodann die Sachprobleme herausgearbeitet, die mit der gegenwärtigen Rechtslage heraufbeschworen werden (IV). Schließlich sind Vorschläge zur Lösung dieser Probleme zu erarbeiten.

II. Wirtschaftsprüferhaftung in Deutschland

1. Haftung gegenüber dem geprüften Unternehmen

a) Das Haftungsregime des § 323 HGB

Das deutsche Recht kennt eine Bestimmung über die „Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers“, die die Haftung von Wirtschaftsunternehmen zumindest ausschnittsweise gesetzlich regelt, nämlich § 323 HGB. Die Vorschrift lautet in ihren relevanten Abschnitten:

„(1) Der Abschlussprüfer, seine Gehilfen und die bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter einer Prüfungsgesellschaft sind zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung und zur Verschwiegenheit verpflichtet; § 57b der Wirtschaftsprüferordnung bleibt unberührt. [...] Wer vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflichten verletzt, ist der Kapitalgesellschaft und, wenn ein verbundenes Unternehmen geschädigt worden ist, auch diesem zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Mehrere Personen haften als Gesamtschuldner.

(2) Die Ersatzpflicht von Personen, die fahrlässig gehandelt haben, beschränkt sich auf eine Million Euro für eine Prüfung. Bei Prüfung einer Aktiengesellschaft, deren Aktien zum Handel im regulierten Markt zugelassen sind, beschränkt sich die Ersatzpflicht von Personen, die fahrlässig gehandelt haben, abweichend von Satz 1 auf vier Millionen Euro für eine Prüfung. Dies gilt auch, wenn an der Prüfung mehrere Personen beteiligt gewesen sind, und ohne Rücksicht darauf, ob andere Beteiligte vorsätzlich gehandelt haben.

...

(4) Die Ersatzpflicht nach diesen Vorschriften kann durch Vertrag weder ausgeschlossen noch beschränkt werden.“

Die Haftung nach § 323 HGB verpflichtet die Abschlussprüfer und ihre Gehilfen persönlich und macht sie für jede Fahrlässigkeit gegenüber der geprüften Gesellschaft und mit dieser verbundenen Unternehmen schadensersatzpflichtig.

¹³ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, v. 30. 11. 2011, KOM(2011) 778 endg.

tig. Im Verhältnis zwischen den Parteien des Prüfungsvertrags gestaltet § 323 HGB die werkvertragliche Haftung des Wirtschaftsprüfungsunternehmens gegenüber der geprüften Kapitalgesellschaft zwingend aus (§ 323 Abs. 4 HGB), während die Vorschrift die persönliche Haftung der Beteiligten sowie die Anspruchsberechtigung von Konzernunternehmen kraft Gesetzes begründet.¹⁴ Die Haftung sowohl der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als auch ihrer Organe und Mitarbeiter wird in der Praxis einheitlich durch entsprechende Berufshaftpflichtversicherungen gedeckt.¹⁵

b) Sachlicher Anwendungsbereich

Vor dem Hintergrund, dass eine unrichtige Bilanzierung bei großen Kapitalgesellschaften zu massiven Schäden führen kann und es sich bei diesen um reine Vermögensschäden handelt, erscheint eine Haftung für einfache Fahrlässigkeit als scharfes Schwert. Doch bei näherem Hinsehen zeigen sich Haftungsbeschränkungen, deren Gewicht kaum zu unterschätzen ist. Der sachliche Anwendungsbereich der Vorschrift ist beschränkt auf Prüfungen der Jahres- und Konzernabschlüsse von Kapitalgesellschaften, die nicht zu den kleinen Kapitalgesellschaften im Sinne des § 267 Abs. 1 HGB zählen.¹⁶ Darüber hinaus findet sie kraft gesetzlicher Verweisung in einer Vielzahl von Situationen Anwendung, in denen eine Abschlussprüfung gesetzlich vorgeschrieben ist, wie beispielsweise bei Gründungsprüfungen iSv § 49 AktG und bei Sonderprüfungen gemäß §§ 144, 258 Abs. 5 S. 1 AktG.¹⁷ Abschlussprüfer von kleinen Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften und Einzelkaufleuten liegen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 323 HGB; insoweit bleibt es bei der Haftung nach Vertrags- und Deliktsrecht des BGB.¹⁸

c) Haftungshöchstbeträge

Aber auch soweit der sachliche Anwendungsbereich des § 323 HGB eröffnet ist, wird die Haftung in empfindlicher Weise durch die Haftungshöchstsummen des § 323 Abs. 2 HGB beschränkt. Diese liegen im Bereich zwischen 1 und 4 Millionen Euro und damit um Größenordnungen unter den Haftungshöchstbeträgen, die im Recht der Gefährdungshaftung üblich sind und mit denen beispielsweise die Hersteller fehlerhafter Produkte leben müssen. Gemäß § 10

¹⁴ *Habersack/Schürnbrand*, in: Großkommentar Handelsgesetzbuch, 2010, § 323 Rn. 7; *Ebke*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2012, § 323 Rn. 14.

¹⁵ *Ebke*, in: Münchener Kommentar zum HGB (Fn. 14), § 323 Rn. 9 ff.

¹⁶ *Hopt/Merkt*, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.), HGB (Fn. 9), Vor § 316 Rn. 1.

¹⁷ Umfassende Nachweise bei *Habersack/Schürnbrand*, in: Großkommentar HGB (Fn. 14), § 323 Rn. 8.

¹⁸ Dazu *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2013, § 826 Rn. 91 f.

Abs. 1 ProdHaftG haftet der Ersatzpflichtige hier bis zu einem Höchstbetrag von 85 Millionen Euro!¹⁹

d) *Mitverschulden*

In einem der wenigen Fälle, in denen ein Wirtschaftsprüfer von der geprüften Gesellschaft auf Schadensersatz in Anspruch genommen wurde, gab der BGH im Jahre 2009 der Klage dem Grunde nach statt, reduzierte jedoch den Ersatzbetrag auf 1/3 des eingetretenen Schadens, weil sich das geprüfte Unternehmen die Täuschungshandlungen ihres Geschäftsführers gegenüber der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als haftungsminderndes Mitverschulden gemäß §§ 31, 254 Abs. 1 BGB anrechnen lassen müsse.²⁰

Demgegenüber mag bezweifelt werden, ob es mit dem Schutzzweck der dem Wirtschaftsprüfer obliegenden Pflichten vereinbar ist, den Ersatzanspruch der geprüften Gesellschaft nach Maßgabe des § 254 BGB herabzusetzen, weil das Management die eigene Gesellschaft geschädigt hat. Gerade auch im Lichte der Haftungsnorm des § 323 HGB ließe sich argumentieren, die Wirtschaftsprüfung diene gerade dazu, Manipulationen der Leitungsorgane zulasten der Gesellschaftsgläubiger und der Anteilseigner aufzudecken bzw. vor solchen Manipulationen abzuschrecken.²¹ Gleichwohl stimmt das Schrifttum der Anrechnung des Mitverschuldens zumindest für den vom BGH entschiedenen Fall eines vorsätzlichen Pflichtverstoßes durch einen Mitarbeiter des geprüften Unternehmens zu.²² Damit bleiben gerade die krassen Fälle ohne jede Sanktion. Der Wirtschaftsprüfer muss die Haftung gegenüber dem geprüften Unternehmen nicht fürchten, wenn er seine Verpflichtung zur Überprüfung der vom Management aufgestellten Bilanz vernachlässigt.

e) *Rechtsdurchsetzung*

Hinzu kommen schließlich praktische Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Wirtschaftsprüferhaftung nach § 323 HGB, die sie endgültig als zahnlosen Tiger erscheinen lassen. Auch diese Probleme werden durch die eben bereits zitierte BGH-Entscheidung illustriert. Der Geschäftsführer einer Kapitalanlage-Kommanditgesellschaft hatte von einem „schwarzen Konto“ Auszahlungen an sich selbst veranlasst, die ihm nicht zustanden, und dies vor dem Abschlussprüfer verheimlicht. Nachdem die 300 Kommanditisten den Geschäftsführer abberufen hatten, machte die KG einen Schadensersatzanspruch gegen die

¹⁹ Zum rechtspolitischen Hintergrund dieser Regelung *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 18), § 10 ProdHaftG Rn. 1.

²⁰ BGHZ 183, 323 Rn. 54 ff.; BGH VersR 2013, 69 Rn. 31 = WM 2012, 954.

²¹ *Habersack/Schürnbrand*, in: Großkommentar HGB (Fn. 14), § 323 Rn. 38.

²² *Ebke*, in: Münchener Kommentar zum HGB (Fn. 14), § 323 Rn. 74; a. A. mit Recht *Habersack/Schürnbrand*, in: Großkommentar HGB (Fn. 14), § 323 Rn. 38.

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft geltend, weil Letztere Prüfungs- und Aufklärungspflichten verletzt hätten.²³ Es fällt nicht schwer zu prognostizieren, dass der Schadensersatzanspruch der KG gegen die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft überhaupt nicht geltend gemacht worden wäre, wenn es den Gesellschaftern nicht gelungen wäre, den korrupten Geschäftsführer abzulösen. Umgekehrt bedeutet dies, dass der Wirtschaftsprüfer vor Schadensersatzansprüchen der geprüften Gesellschaft relativ sicher sein kann, solange das Management, das die zu testierende Bilanz aufgestellt hat, noch im Amt ist. Niemand wird einen Wirtschaftsprüfer mit der Behauptung verklagen, Letzterer habe eine falsche Bilanz testiert, die der Kläger selbst aufgestellt hat. Im Normalfall wird das Management – zumindest zunächst – im Amt bleiben, sodass ein reales Haftungsrisiko nicht besteht.

2. Dritthaftung

Viel wichtiger für die Anreizstruktur, der sich Wirtschaftsprüfungsunternehmen gegenüber sehen, ist jedoch die in § 323 Abs. 1 S. 3 HGB vorgenommene Beschränkung der Aktivlegitimation auf das geprüfte Unternehmen und mit diesem verbundene Gesellschaften. Auf den Haftungstatbestand des § 323 Abs. 1 S. 3 HGB können sich Dritte – also etwa Gläubiger des geprüften Unternehmens oder Anleger, die ihre Investitionsentscheidung aufgrund eines unrichtigen Jahresabschlusses getroffen haben – nach wohl einhelliger Auffassung nicht berufen.²⁴

Damit bleibt geschädigten Dritten nur der Rekurs auf § 826 BGB²⁵ und auf vertragsrechtliche Institute wie den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter²⁶ bzw. die Dritthaftung nach § 311 Abs. 3 S. 2 BGB.²⁷ Die Rechtspre-

²³ BGHZ 183, 323 = NJW 2010, 1808.

²⁴ BGHZ 138, 257 ff. (259f.) = NJW 1998, 1948 = JZ 1998, 1013 mit Anm. *Ebke* = JR 1998, 67 mit Anm. *Zimmer/Vosberg* = ZGR 199, 583 mit Bespr. *Grunewald*; OLG Düsseldorf NZG 1999, 901 ff. (903) mit Anm. *Salje/Hopt/Merkel*, in: *Baumbach/Hopt* (Hrsg.), HGB (Fn. 9), § 323 Rn. 8; *Ebke*, in: *Münchener Kommentar zum HGB* (Fn. 14), § 323 Rn. 86; *Habersack/Schürnbrand*, in: *Großkommentar HGB* (Fn. 14), § 323 Rn. 52.

²⁵ BGH NJW 1956, 1595; NJW 1987, 1758; 2001, 360 ff. (365); ZIP 2012, 2302 Rn. 46 ff.; ZIP 2013, 417 Rn. 11 ff.

²⁶ So BGHZ 138, 257 ff. (260 ff.) = NJW 1998, 1948 = JZ 1998, 1013 m. Bespr. *Ebke* 991 = JR 1999, 67 m. Anm. *Zimmer/Vosberg*; BGH VersR 2002, 72 ff. (76); Baus, *Die Dritthaftung des Abschlussprüfers zwischen Vertrag und Delikt: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts*, 103 ZVglRWiss. (2004), 219 ff. (236); *Hopt/Merkel*, in: *Baumbach/Hopt* (Hrsg.), HGB (Fn. 9) § 323 Rn. 8; *Ebke*, in: *Münchener Kommentar zum HGB* (Fn. 14), § 323 Rn. 118.

²⁷ So *Canaris*, Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei „Gegenläufigkeit“ der Interessen, JZ 1995, 441 ff. (444); *ders.*, Die Haftung des Sachverständigen zwischen Schutzwirkungen für Dritte und Dritthaftung aus culpa in contrahendo, JZ 1998, 603 ff. (605); *ders.*, Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, 163 ZHR (1999), 206 ff. (220 ff.); *Hopt*, in:

chung übt sich insoweit jedoch in größter Zurückhaltung. Im Rahmen von § 826 BGB hat es der BGH abgelehnt, dem durch ein falsches Testat in die Irre geführten Inhaber von Unternehmensanleihen, der Letztere stehen ließ, anstatt sofortige Rückzahlung zu fordern, mit irgendwelchen Beweiserleichterungen entgegen zu kommen.²⁸ Um mit seinem Anspruch durchzudringen, muss der Geschädigte zur vollen Überzeugung des Gerichts nachweisen (§ 286 ZPO), dass seine Forderung gegen das Unternehmen im Zeitpunkt der vorsätzlichen und sittenwidrigen Handlung noch werthaltig war und nur wegen der Verlängerung des Engagements wertlos geworden ist. Beweiserleichterungen nach Art der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, wie sie bei der Prospekthaftung²⁹ und der Vertragshaftung für Pflichtverletzungen bei der Kapitalanlageberatung anerkannt sind,³⁰ hat der BGH im Kontext der Wirtschaftsprüferhaftung ausdrücklich abgelehnt.³¹

Mit Blick auf die genannten quasi-vertraglichen Haftungsgrundlagen zeigt sich der BGH ebenfalls sehr zugeknöpft. Eine automatische Anwendung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte auf Fälle, in denen es infolge falscher Testate zu verlustträchtigen Kredit- und Anlageentscheidungen gekommen ist, kommt nicht in Betracht, weil „die Einbeziehung einer unbekanntem Vielzahl von Gläubigern, Gesellschaftern oder Anteilserwerbern in den Schutzbereich des Prüfauftrags“ der Wertung des § 323 Abs. 1 S. 3 HGB zuwiderlaufe.³² Tatsächlich lässt sich aus den Gesetzesmaterialien zum KonTraG³³ entnehmen, dass der Gesetzgeber den Haftungstatbestand des § 323 Abs. 1 S. 3 HGB als abschließende Regelung angesehen hat und eine quasivertragliche Haftung der Abschlussprüfer gegenüber Dritten ausschließen wollte.³⁴ Zur Begründung wird darauf verwiesen, es könne „regelmäßig nicht angenommen werden, dass der Abschlussprüfer ein so weites Haftungsrisiko zu übernehmen bereit ist, wie es sich aus der Einbeziehung einer unbekanntem Vielzahl von Gläubigern, Ge-

Baumbach/Hopt (Hrsg.), HGB (Fn. 9), § 347 Rn. 22; Habersack/Schürnbrand, in: Großkommentar HGB (Fn. 14) § 323 Rn. 57; zum österreichischen Recht genauso Doralt/Koziol, Abschlussprüferhaftung in Österreich, in: Koziol/Doralt (Hrsg.), Abschlussprüfer – Haftung und Versicherung, 2004, S. 91 ff. (110 f.).

²⁸ BGH ZIP 2013, 417 Rn. 11 ff.

²⁹ BGHZ 61, 118 ff. (120 ff.); 124, 151 ff. (159 f.).

³⁰ BGHZ 151, 5 ff. (12); BGH NJW-RR 2009, 689 Rn. 6; NJW 2009, 2298 Rn. 22; BGHZ 189, 13 Rn. 40 = NJW 2011, 1949 Rn. 40; BGH ZIP 2012, 1335 Rn. 28 ff.

³¹ BGH ZIP 2013, 417 Rn. 15.

³² BGHZ 138, 257 ff. (262); genauso BGHZ 167, 155 Rn. 13 = NJW 2006, 1975; BGH NJW-RR 2006, 611 Rn. 12; NJW 2009, 512 Rn. 5; abl. Ebke, Abschlussprüfer, Bestätigungsvermerk und Drittschutz, JZ 1998, 991 ff. (992 ff.); zust. Hopt/Merkt, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.), HGB (Fn. 9) § 323 Rn. 8; Habersack/Schürnbrand, in: Großkommentar HGB (Fn. 14) § 323 Rn. 55.

³³ Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27.4. 1998, BGBl. I S. 786.

³⁴ BGHZ 167, 155 Rn. 13 = NJW 2006, 1975, mit Hinweisen auf BT-Drucks. 13/9712 S. 35 und BT-Drucks. 13/10038 S. 25.

sellschaftern oder Anteilserwerben in den Schutzbereich ergäbe“.³⁵ Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Prüfung durch den Wirtschaftsprüfer im Interesse *bestimmter* Dritter erfolgt, es insbesondere zu einem Kontakt zwischen dem Wirtschaftsprüfer und einem Investor gekommen ist, der das Testat zur Grundlage für seine Anlageentscheidung gemacht hat.³⁶ Die Aktivlegitimation des Anlagepublikums insgesamt lässt sich mit Hilfe dieser Rechtsfigur allerdings nicht begründen, denn der BGH hat ausdrücklich klargestellt, der Abschlussprüfer sei nicht bereit, ein so weitreichendes Haftungsrisiko zu übernehmen.³⁷ Die Erkennbarkeit des Umstands, dass Dritte den Prüfvermerk zur Grundlage von Anlageentscheidungen machen möchten, reicht demnach nicht aus, um eine Dritthaftung zu begründen. Erforderlich ist vielmehr, „dass dem Abschlussprüfer deutlich wird, dass von ihm im Drittinteresse eine besondere Leistung erwartet wird, die über die Erbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Pflichtprüfung hinausgeht“.³⁸ Selbst in diesen Fällen bleibt aber die quasi-vertragliche Dritthaftung auf die in § 323 Abs. 2 HGB normierten Höchstgrenzen beschränkt.³⁹

III. Wirtschaftsprüferhaftung in den USA

In den Vereinigten Staaten hat die Finanzkrise bisher ebenfalls nicht zur Einführung neuer gesetzlicher Haftungstatbestände geführt. Für die Verantwortlichkeit von Wirtschaftsprüfern ist dieser Befund auch nicht weiter erstaunlich, denn diese Profession steht bei der Aufarbeitung der ersten Finanzkrise nicht im Fokus der Ursachenforschung. Immerhin hat eine vom New Yorker Bankruptcy Court in Auftrag gegebene Untersuchung zu den Ursachen der Lehman-Pleite ergeben, dass das Management von Lehman die Bilanz manipuliert hatte, um die Marktteilnehmer in Sicherheit zu wiegen und seine wahre finanzielle Situation zu verschleiern. Der Examiner kam zu dem Schluss, es existierten hinreichende Anhaltspunkte für Ansprüche gegen Lehman's Wirtschaftsprüfer Ernst&Young:⁴⁰

³⁵ Besonders deutlich BGHZ 167, 155 Rn. 13 = NJW 2006, 1975; genauso bereits BGHZ 138, 257 ff. (262); vgl. weiter BGH NJW-RR 2006, 611 Rn. 12.

³⁶ BGHZ 138, 257 ff. (261 f.); BGHZ 167, 155 Rn. 15 = NJW 2006, 1975.

³⁷ BGHZ 138, 257 ff. (262).

³⁸ BGH NJW 2009, 512 Rn. 5.

³⁹ BGHZ 138, 257 ff. (266) = NJW 1998, 1348 ff. (1351); gegen eine Anwendung des § 323 Abs. 2 HGB auf die vertragliche Dritthaftung Habersack/Schürnbrand, in: Großkommentar HGB (Fn. 14) § 323 Rn. 61.

⁴⁰ Vgl. die Zusammenfassung von *Burke*, Auditor Liability to External Users for Misleading Financial Statements of Publicly Listed Companies: Two Normative Propositions, 39 Syracuse Journal of International Law and Commerce (2012), 137 ff. (146 ff.).

„Given those facts, the Examiner finds that sufficient evidence exists to support a colorable claim against Ernst & Young in connection with its reviews of Lehman’s interim financial information and its responsibilities regarding Lehman’s MD&A information in both quarters of 2008.“⁴¹

Nach verbreitetem Urteil haben die Wirtschaftsprüfer keinen wesentlichen Beitrag dazu geleistet, dass der Rückgang der Immobilienpreise in den USA zu drastischen Wertverlusten bei verbrieften Hypothekendarlehen und in der Folge zu einer internationalen Bankenkrise geführt hat. Ganz anders verhält es sich bei den Ratingagenturen, die den mit Hypotheken unterlegten Wertpapieren (Asset Backed Securities – ABS) unverdrossen Bestnoten gaben, auch wenn die Hypotheken die Rückzahlungsforderung aus Subprime-Krediten sicherten.⁴²

Der Umstand, dass die Wirtschaftsprüfer mehr oder weniger unberührt durch die erste Finanzkrise kamen, verdankt sich allerdings weniger dem Funktionieren eingespielter Anreizsysteme, die sorgfältiges Verhalten gewährleisten, sondern den besonderen Entstehungsbedingungen der Finanzkrise – und darüber hinaus der Vorgängerkrise, die durch die spektakulären Zusammenbrüche der Unternehmen Enron und Worldcom infolge massiver Bilanzfälschungen in den Jahren 2001/2002 verursacht wurde.⁴³ In der Folge dieser Ereignisse löste sich eine der großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften – Arthur Andersen – selbst auf, um einer Zerschlagung durch die amerikanischen Behörden zuvor zu kommen. Arthur Andersen hatte durch die Vernichtung von Dokumenten zu vertuschen versucht, dass es über die Probleme in der Bilanz von Enron durchaus informiert war oder die Probleme jedenfalls für einen sorgfältigen Wirtschaftsprüfer erkennbar waren.

Die amerikanische Politik ist bei der Aufarbeitung der Skandale um *Enron* und *Worldcom* zu dem Schluss gelangt, dass die beteiligten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in eklatanter Weise versagt haben. Diese Erkenntnis lieferte den Anlass für die *Sarbanes-Oxley* Gesetzgebung, die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften einer strikteren Regulierung unterworfen hat.⁴⁴ Insbesondere wurden die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften dazu gezwungen, das Beratungsge-

⁴¹ Report of *Anton R. Valukas*, Examiner In re Lehman Brothers Holding Inc. Chapter 11 Case No. 08–13555, United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Vol. 3, 2010, S. 1047f., im Internet abrufbar unter <http://lehmanreport.jenner.com/> (Stand 23.07.2013).

⁴² *Wagner*, in: Jung u. a. (Hrsg.), Festschrift Blaurock (Fn. 8), S. 467 ff. (468 ff.).

⁴³ Dazu *Baird*, *Enron and the Long Shadow of Stat. 13 Eliz.*, in: Rapoport/Dharan (Hrsg.), *Enron: Corporate Fiascos and their Implications*, 2004, S. 393 ff.; weiter ausgreifend *Gerding*, *The Next Epidemic: Bubbles and the Growth and Decay of Securities Regulation*, 38 Connecticut Law Review (2006), 393 ff.

⁴⁴ Eingehend zur politischen Ökonomie von Sarbanes Oxley *Romano*, *The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance*, 114 Yale Law Journal (2005), 1521 ff. (1543 ff.), die zu einem vernichtenden Urteil gelangt; vgl. auch *Hannes*, *Compensating for Executive Compensation: The Case of Gatekeeper Incentive Pay*, 98 California Law Review (2010), 385 ff. (409 ff.).

schäft vom Prüfungsgeschäft zu trennen. Damit sollte die Verwässerung der Prüfungsstandards vermieden werden, die sich ergibt, wenn Prüfungsaufträge lediglich als „Türöffner“ für lukrative Beratungsmandate gesehen und die Prüfungsstandards verwässert werden, um Beratungsaufträge nicht zu gefährden. Von der Einführung eines gesetzlichen Haftungstatbestands zulasten von Wirtschaftsprüfungsunternehmen sah der Kongress indessen ab.⁴⁵

Auch nach *Sarbanes-Oxley* blieb es somit bei den herkömmlichen Grundsätzen des Richterrechts, die zwar in jeder amerikanischen Jurisdiktion anders gehandhabt werden, jedoch derselben haftungsfeindlichen Linien folgen, die auch die Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH kennzeichnet. Grundlegend dafür ist die berühmte Entscheidung des New Yorker Court of Appeals in Sachen *Ultramares Corporation v. Touche*, in der Richter Benjamin Cardozo die Haftung der beklagten Wirtschaftsprüfer gegenüber einem drittbetroffenen Factor, der dem geprüften Unternehmen im Vertrauen auf die Richtigkeit des Testats Kredit gewährt hatte, verneinte. Zwar hatten die Wirtschaftsprüfer übersehen, dass das geprüfte Unternehmen die Bilanz mit Forderungen und sonstigen Vermögenswerten gespickt hatte, die in Wahrheit gar nicht existierten, was schließlich aufflog und zur sofortigen Insolvenz führte. Zwar hafteten Wirtschaftsprüfer gegenüber Dritten, denen das unrichtige Testat von dem geprüften Unternehmen vorgelegt worden sei, für Vorsatz, also für arglistige Täuschung, nicht aber für bloß fahrlässige Irreführung:

„To creditors and investors to whom the employer exhibited the certificate, the defendants owed a like duty to make it without fraud, since there was notice in the circumstances of its making that the employer did not intend to keep it to himself. [...] A different question develops when we ask whether they owed a duty to these to make it without negligence. If liability for negligence exists, a thoughtless slip or blunder, the failure to detect a theft or forgery beneath the cover of deceptive entries, may expose accountants to a liability in an indeterminate amount, for an indeterminate time to an indeterminate class. The hazards of a business conducted on these terms are so extreme as to enkindle doubt whether a flaw may not exist in the implication of a duty that exposes to these consequences.“⁴⁶

Die gänzliche Ablehnung einer Fahrlässigkeitshaftung der Wirtschaftsprüfer wurde in den Jahren nach der Entscheidung in Sachen *Ultramares* in vielen Bundesstaaten der USA und auch in New York selbst aufgeweicht,⁴⁷ bis der New Yorker Court of Appeals 1985 darauf zurückkam und einen Standard

⁴⁵ Kritisch dazu *Coffee*, Gatekeepers (Fn.6), S.334, der vermutet, eine Ausweitung der Haftung sei politisch zu umstritten gewesen, um den Weg in die Sarbanes-Oxley-Gesetzgebung zu finden.

⁴⁶ *Ultramares Corp. v. Touche et al.*, 174 N.E. 441, 444 (N.Y.C.A. 1931).

⁴⁷ Eingehend zur Entwicklung der Rechtsprechung der amerikanischen Gerichte *Husisi-an*, What Standard of Care Should Govern the World's Shortest Editorials?: An Analysis of Bond Rating Agency Liability, 75 Cornell Law Review (1990), 411 ff. (414f.); *Feinman*, Liability of Accountants for Negligent Auditing: Doctrine, Policy, and Ideology, 31 Florida State

postulierte, der der Rechtsprechung des III. Zivilsenats nahezu aufs Haar gleicht. Danach kommt eine Dritthaftung für fahrlässige Prüfung dann in Betracht, wenn für den Wirtschaftsprüfer erkennbar war, dass das Testat gegenüber einem bestimmten Dritten für konkrete Zwecke genutzt werden würde, dieser auf die Richtigkeit des Testats vertrauen würde und dadurch ein quasi-vertragliches Band zwischen dem Wirtschaftsprüfer und dem Dritten geschaffen wurde.⁴⁸

In diesem Sinne einer quasi-vertraglichen Beziehung zwischen dem Wirtschaftsprüfer und dem anspruchsberechtigten Dritten wird von der Mehrzahl der amerikanischen Gerichte auch der Haftungstatbestand des Section 552 des Second Restatement of Torts interpretiert.⁴⁹ Die Vorschrift lautet:

„Information Negligently Supplied for the Guidance of Others

(1) One who, in the course of his business, profession or employment, or in any other transaction in which he has a pecuniary interest, supplies false information for the guidance of others in their business transactions, is subject to liability for pecuniary loss caused to them by their justifiable reliance upon the information, if he fails to exercise reasonable care or competence in obtaining or communicating the information.

(2) Except as stated in Subsection (3), the liability stated in Subsection (1) is limited to loss suffered

(a) by the person or one of a limited group of persons for whose benefit and guidance he intends to supply the information or knows that the recipient intends to supply it; and

(b) through reliance upon it in a transaction that he intends the information to influence or knows that the recipient so intends or in a substantially similar transaction.“

Die in Absatz 2 genannten Beschränkungen des persönlichen Schutzbereichs des Haftungstatbestands des Section 522 (1), nach denen die Aktivlegitimation auf Personen beschränkt ist, die der Schädiger als Adressat der von ihm verbreiteten Information erkannt und deren Vertrauen in die Richtigkeit der Information er akzeptiert hat, werden im Sinne eines „near-privacy-test“ verstanden. Maßgebend ist also, ob zwischen dem Schädiger, im vorliegenden Kontext also dem Wirtschaftsprüfer, und dem geschädigten Dritten eine quasi-vertragliche Vertrauensbeziehung bestanden hat.⁵⁰ Das ist lediglich eine Paraphrase der An-

University Law Review (2003), 17ff.; *Burke* (Fn. 40), 39 Syracuse Journal of International Law and Commerce (2012), 137ff. (157ff.).

⁴⁸ *Credit Alliance Corp. v. Arthur Andersen & Co.*, 483 N.E. 2d 110, 118 (N.Y.C.A. 1985); allgemein zur Unterscheidung zwischen einzelnen Begünstigten und dem Publikum *Rabin*, Tort Recovery for Negligently Inflicted Economic Loss: A Reassessment, 37 Stanford Law Review (1985), 1513ff. (1527f.).

⁴⁹ *Dobbs*, The Law of Torts, 2000, S. 1372f.; *Feinman* (Fn. 47), 31 Florida State University Law Review (2003), 17ff. (42ff.).

⁵⁰ *Dobbs*, The Law of Torts (Fn. 49), S. 1373; *Ohio Police & Fire Pension Fund v. Standard & Poor's Financial Services LLC*, 700 F.3d 829, 841f. (6th Cir. 2012); *King County, Washing-*

forderungen, die nach deutschem Recht an einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte gestellt werden.

IV. Asymmetrische Anreize der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften

Das geltende Recht der Wirtschaftsprüferhaftung lässt sich auf die Formel bringen, dass der Wirtschaftsprüfer im Fall einer fahrlässigen Pflichtverletzung grundsätzlich nur seinem Auftraggeber Schadensersatz schuldet, also demjenigen Unternehmen, das ihn mit der Prüfung beauftragt hat. Eine Haftung gegenüber Dritten scheidet dagegen grundsätzlich aus, sofern sich nicht über das Institut des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte eine Haftung gegenüber einzelnen Anlegern legitimieren lässt. Maßgebend dafür war die Sorge um unkalkulierbar hohe wirtschaftliche Risiken für den Wirtschaftsprüfer infolge einer Klagewelle, die bei Einbeziehung einer unbekanntenen Vielzahl von Gläubigern, Gesellschaftern oder Anteilserwerbern in den Schutzbereich des Prüfauftrags drohe.⁵¹

So plausibel das Argument, die Dritthaftung führe zu einer umfangmäßig unbegrenzten und unkontrollierbaren Belastung der Wirtschaftsprüfer auf den ersten Blick auch sein mag, so bedenklich sind die Konsequenzen dieser Lösung für die Sorgfaltsanreize, derer sich die Zunft gegenüber sieht. Unterläuft dem Wirtschaftsprüfer ein Fehler, der sich zulasten des zu prüfenden Unternehmens auswirkt, macht er sich damit ohne weiteres haftbar. Begeht der Wirtschaftsprüfer den Fehler mit umgekehrtem Vorzeichen, sodass er sich zulasten externer Anleger auswirkt und diese schädigt, trifft ihn keinerlei Verantwortlichkeit. Dieses asymmetrische Haftungsregime vermittelt Anreize zu sorgfältigem, fehlervermeidendem Verhalten nur im Verhältnis zu dem geprüften Unternehmen, nicht im Verhältnis zu Anlegern als Drittbetroffenen. Der Wirtschaftsprüfer hat also den Anreiz, Fehler zu vermeiden, die sich nachteilig für das geprüfte Unternehmen auswirken, nicht aber Fehler, die zu Schäden drittbetroffener Anleger führen. Jeder „Irrtum“ zulasten des Unternehmens begründet ein Haftungsrisiko, doch Irrtümer zulasten drittbetroffener Anleger bleiben haftungsrechtlich folgenlos.

Die Konsequenzen eines derart einseitigen Haftungsregimes, das Sorgfaltsanreize nur in eine Richtung – nämlich zugunsten des geprüften Unternehmens – setzt, für das Verhalten der Wirtschaftsprüfer liegen auf der Hand. Diese Effekte werden noch dadurch verstärkt, dass die Wirtschaftsprüfer die von ihnen geprüften Unternehmen als potentielle Kunden betrachten. Schließlich wird

ton, and Iowa Student Loan Liquidity Corporation v. IKB Deutsche Industriebank AG et al., 863 F.Supp. 2d 288, 307f. (SDNY 2012).

⁵¹ BGHZ 167, 155 Rn. 13; unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien zum KonTraG: BT-Drucks. 13/9712 S. 35 und BT-Drucks. 13/10039 S. 25.

der Wirtschaftsprüfer von dem zu prüfenden Unternehmen selbst beauftragt und selbstverständlich auch von diesem honoriert. Darüber hinaus bieten Wirtschaftsprüfungsunternehmen auch Beratungsleistungen an, für die sie ebenfalls entlohnt werden. Dabei stehen sie sowohl untereinander in Wettbewerb als auch, was die Consultingleistungen anlangt, mit anderen Unternehmen der Beratungsbranche. Diese Struktur verstärkt die bereits durch den asymmetrischen Haftungsrahmen gegebene Verzerrung der Sorgfaltsanreize und war Anlass für die durch den *Sarbanes-Oxley Act* erzwungene Trennung von Prüfungs- und Beratungsgeschäft, d. h. das Verbot, gegenüber demselben Unternehmen Prüfungs- und Beratungsleistungen zu erbringen.⁵² Es hat dazu geführt, dass die großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften ihre Beratungsarme verselbständigt und veräußert haben.⁵³ Das europäische und das deutsche Recht haben diese Trennung bisher nicht nachvollzogen, sodass in Europa der Anreiz, das Prüfungsmandat als Eintrittskarte in das lukrative Beratungsgeschäft zu benutzen, erhalten bleibt.⁵⁴

Diese Struktur der Geschäftsbeziehungen zwischen dem zu prüfenden Unternehmen und der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft verstärkt die mit Blick auf die Haftungsrechtslage ohnehin gegebene Asymmetrie der Sorgfaltsanreize nochmals wesentlich. Wendet das Wirtschaftsprüfungsunternehmen Zeit und Mühe auf, um die Angaben des Managements zu hinterfragen und die vorgenommenen Bewertungsansätze zu überprüfen, dann läuft es Gefahr, einen lukrativen Mandanten zu vergraulen. Es droht nicht nur der Verlust des Prüfungsmandats, sondern auch der Entzug von Beratungsaufträgen, derer das Wirtschaftsprüfungsunternehmen zur Auslastung seiner Mitarbeiter bedarf. Kommt es trotz dieser unerwünschten und nachteiligen Konsequenzen zu einer rigoroseren Prüfung, ergibt diese Zweifel an der Richtigkeit der vorgelegten Bilanz und insistiert das Wirtschaftsprüfungsunternehmen auf deren Korrektur, dann riskiert es damit die Haftung gegenüber dem geprüften Unternehmen. Stellen sich die Zweifel der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nämlich als unbegründet heraus und lässt sich ein Fehler nachweisen, müssen beispielsweise die infolge der Beanstandung erhöhten Kapitalkosten von dem Wirtschaftsprüfungsunternehmen als Schaden ersetzt werden. Die Anspannung der Kontrollintensität birgt also für den Wirtschaftsprüfer massive wirtschaftliche Risiken in Gestalt des drohenden Verlusts von Prüfungs- und Beratungsmandaten und der haftungsrechtlichen Exposition gegenüber dem geprüften Unterneh-

⁵² *Romano* (Fn. 44), 114 *Yale Law Journal* (2005), 1521 ff. (1533 ff.).

⁵³ *Coates*, *The Goals and Promise of the Sarbanes-Oxley Act*, 21 *Journal of Economic Perspectives* (2007), 91 ff. (105).

⁵⁴ *Hopt/Merkel*, in: *Baumbach/Hopt* (Hrsg.), *HGB* (Fn. 9), Vor § 316 Rn. 2; zu den regulatorischen Eingriffen durch das *KonTraG Wittig*, *Reform der Corporate Governance von Finanzinstituten als Reaktion auf die Finanzmarktkrise: Ein Überblick zu den aktuellen Überlegungen*, *WM* 2010, 2337 ff. (2341 f.).

men. Werden hingegen Zweifel an der Bilanzierung unterdrückt und die Ansätze des Unternehmens sowie dessen Bilanzierungsmethoden leichthin akzeptiert, dann spart die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nicht nur Mitarbeiterstunden und damit Kosten ein, sondern gleichzeitig schützt sie sich selbst vor Schadensersatzrisiken sowie vor dem Verlust eines Klienten für lukrative Prüfungs- und Beratungsdienstleistungen.

Auf eine Kurzformel gebracht lässt sich sagen, dass eine Anspannung der Sorgfalt der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft keinerlei wirtschaftliche Vorteile, sondern im Gegenteil massive wirtschaftliche Nachteile bringt. Damit wird das volkswirtschaftlich erwünschte Anreizsystem in sein Gegenteil verkehrt. In einem effizienten Haftungssystem ergreift der potentielle Schädiger die gebotenen Sorgfaltsmaßnahmen, weil er sonst für Schäden aufkommen muss, deren Kosten größer sind als die Kosten der Sorgfalt. Bei Wirtschaftsprüfungsunternehmen liegt es genau umgekehrt: Je mehr Sorgfalt der potentielle Schädiger aufwendet, desto größer sind die Haftungsrisiken. Von einem in dieser Weise perversen Haftungssystem ist nichts Gutes zu erwarten.⁵⁵

Schließlich wird der Anreiz zur Vernachlässigung der Sorgfalt durch laxen Prüfungsstandards noch durch die Marktstruktur verstärkt, die durch die dominante Stellung von vier großen und international aufgestellten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften – PriceWaterhouseCoopers, Deloitte, Ernst&Young und KPMG – gekennzeichnet ist. Zwar existiert daneben in Deutschland eine Vielzahl kleinerer Wirtschaftsprüfer, doch diese verfügen nicht über die Größe und Leistungsfähigkeit, um Großunternehmen in angemessener Zeit zu prüfen. Die „Big Four“ müssen deshalb nicht fürchten, in nennenswertem Umfang Marktanteile zu verlieren, wenn hier und da einmal ein Bilanzskandal auffliegt.⁵⁶ Die Kunden können sich zwar von jedem einzelnen Wettbewerber abwenden, nicht aber von der Gruppe der großen Vier insgesamt.

Diese pessimistische Darstellung der Sorgfaltsanreize von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften darf nicht dahin missverstanden werden, als würde ihnen breitflächige Kollusion mit dem Management des geprüften Unternehmens unterstellt. Wirtschaftsprüfer werden aus berufsethischen Motiven, aber auch zur Vermeidung regulatorischer Eingriffe um pflichtgemäßes Verhalten bemüht sein.⁵⁷ Wäre die Kollusion mit einem zu prüfenden Unternehmen nachweisbar, setzte sich der Wirtschaftsprüfer zudem der Dritthaftung gemäß § 826 BGB, ggf. i. V. m. § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 aus.⁵⁸ Die eben artikulierte Sorge gilt allein dem von dem Wirtschaftsprüfer angelegten Sorgfaltsstandard und der Intensi-

⁵⁵ Das Haftungsregime für Ratingagenturen ist in paralleler Weise verzerrt; vgl. *Wagner*, in: Jung u. a. (Hrsg.), Festschrift Blaurock (Fn. 8), S. 473 ff. (478 ff.).

⁵⁶ *Coffee*, Gatekeepers (Fn. 6), S. 159.

⁵⁷ Darauf setzt auch die Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen (Fn. 9), z. B. Art. 4: „Guter Leumund“.

⁵⁸ Vgl. oben, Fn. 25.

tät, mit der die Bilanz des Managements auf ihre Richtigkeit überprüft wird. Wenn allein Fehler in die eine Richtung, zulasten des Unternehmens, mit haftungsrechtlichen und kommerziellen Nachteilen belastet sind, Fehler in die andere Richtung, zulasten der Anleger, jedoch keinerlei Sanktionen auslösen, dann wird man nicht fehlgehen zu vermuten, dass die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften vor allem darum bemüht sein werden, Fehler zulasten der Unternehmen zu vermeiden. Diese Gefahr ist deshalb besonders ernst zu nehmen, weil ein Wirtschaftsprüfer unweigerlich Entscheidungen unter Unsicherheit treffen muss. Eine vollständige Sammlung und Auswertung sämtlicher für die Bilanzierung notwendiger Informationen ist weder möglich noch wirtschaftlich zumutbar, und selbst wenn sie möglich und zumutbar wäre, verbleiben Restzweifel, die in die eine oder andere Richtung aufgelöst werden müssen. Das Haftungsregime des geltenden Rechts vermittelt den starken Anreiz, diese Restzweifel zulasten drittbetroffener Anleger aufzulösen, das Unternehmen und dessen Bilanz also tendenziell in einem zu optimistischem Licht zu präsentieren.

Es ist zwar nicht zu beweisen, darf jedoch mit Grund vermutet werden, dass die beschriebene Anreizstruktur einen wesentlichen Teil der Erklärung dafür liefert, warum es immer wieder vorkommt, dass ein Unternehmen, dessen Bilanz für das abgelaufene Geschäftsjahr anstandslos testiert wurde, kurze Zeit später Insolvenz anmelden muss. Zwar ist es richtig, dass die Bilanzierung auf einen Stichtag hin erfolgt (§ 243 Abs. 3 HGB)⁵⁹ und es dem Wirtschaftsprüfer nicht obliegt, Prognosen über die wirtschaftliche Entwicklung des geprüften Unternehmens anzustellen, doch bleibt es merkwürdig, wenn ein am Stichtag als wirtschaftlich gesund präsentiertes Unternehmen nur wenige Tage nach dem Stichtag insolvent ist und einen Berg von Schulden hinterlässt.

V. Reformvorschlag

1. Fokus auf Anlegerschäden

Die Asymmetrie der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit des Wirtschaftsprüfers im Verhältnis zur geprüften Gesellschaft einerseits, Gläubigern und Anlegern andererseits und die dadurch eintretende Verzerrung der Sorgfaltsanreize zulasten Drittbetroffener kann am besten durch eine Korrektur des Haftungsregimes behoben werden, die die Verantwortlichkeit des Prüfers in beide Richtungen ausbalancieren müsste. Der folgende Vorschlag konzentriert sich auf Schäden von Kapitalanlegern und klammert Nachteile, die von Gläubigern des geprüften Unternehmens infolge einer durch ein fehlerhaftes Testat bedingten Irreführung bei der Kreditvergabe verursacht werden, aus.

⁵⁹ *Merkt*, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.), HGB (Fn. 9), § 243 Rn. 11.

2. Allgemeine Fahrlässigkeitshaftung

Grundsätzlich haben Gesetzgeber und Gerichte bei der Schaffung einer Haftungsregel die Wahl zwischen der Verschuldenshaftung und einer strikten Haftung, die vom Verschulden unabhängig ist. Diese Optionen bestehen auch im Fall der Wirtschaftsprüferhaftung. Bei Wahl der Verschuldenshaftung würde die Schadensersatzpflicht des Prüfers gegenüber geschädigten Kapitalanlegern von einem Sorgfaltspflichtverstoß abhängig gemacht, sodass eine Haftung ausbliebe, wenn der Bilanzfehler für einen sorgfältigen Prüfer nicht erkennbar war. Eine strikte Haftung hingegen würde den Prüfer für jeden Bilanzfehler verantwortlich machen, unabhängig davon, ob er bei Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkannt werden können. Aus deutscher Sicht mag die Vorstellung einer strikten Haftung von Wirtschaftsprüfern für Bilanzfehler, die selbstverständlich keine Gefährdungshaftung wäre,⁶⁰ abenteuerlich klingen, doch in den USA wird eine solche Lösung ganz unbefangen diskutiert.⁶¹ Eine strikte Haftung hätte auch durchaus Vorteile: Zwar wäre die Zahl der begründeten Schadensersatzansprüche und folglich die Zahl der Klagen größer, doch ihre Erledigung fiel leichter, weil das Gericht sich darauf beschränken könnte, die Fehlerhaftigkeit der Bilanz festzustellen; auf die Frage, ob der Fehler einem sorgfältigen Wirtschaftsprüfer hätte auffallen müssen, kommt es nicht an. Sind die dadurch bewirkten Einsparungen an administrativen Kosten größer als der zusätzliche Aufwand, der durch die Vermehrung der Schadensersatzklagen eintritt, ist eine strikte Haftung volkswirtschaftlich vorzugswürdig.

Allerdings würde eine strikte Dritthaftung für Bilanzfehler das Haftungsregime für Wirtschaftsprüfer zerteilen, wenn es im Verhältnis zu dem geprüften Unternehmen bei der Verschuldenshaftung bliebe, wie sie jetzt in § 323 Abs. 1 HGB vorgesehen ist. Um dies zu vermeiden und den Anschluss an das geltende Recht so weit wie möglich zu wahren, sollte die Dritthaftung in Deutschland parallel zur Haftung gegenüber der geprüften Gesellschaft als Verschuldenshaftung ausgestaltet werden.

⁶⁰ Zum Zurechnungsgrund der Gefährdungshaftung *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 2010, Rn. 492 ff.

⁶¹ *Partnoy*, Barbarians at the Gatekeepers?: A Proposal for a Modified Strict Liability Regime, 79 *Washington University Law Quarterly* (2001), 491 ff. (540 ff.); *Coffee*, Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms, 84 *Boston University Law Review* (2004), 301 ff. (349 ff.); die unerwünschten Effekte einer strikten Haftung bei Annahme mehrerer potentiell haftpflichtiger „Gatekeeper“ – Anwaltskanzleien, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, Investmentbanken – werden herausgearbeitet von *Tuch*, Multiple Gatekeepers, 96 *Virginia Law Review* (2010), 1583 ff. (1624 ff.).

3. Haftungsbegrenzung

Eine allgemeine Fahrlässigkeitshaftung von Wirtschaftsprüfern gegenüber dem Anlegerpublikum bedarf als Korrelat einer Begrenzung des Umfangs durch Haftungshöchstbeträge. Der legitimierende Grund für eine solche Lösung besteht nicht in dem oft vorgebrachten Argument, eine Haftungsbegrenzung sei im Interesse der Versicherbarkeit der Haftung notwendig. Ein zwingender Zusammenhang zwischen Haftungs- und Deckungsumfang besteht nicht, was sich bereits daran zeigt, dass die Verschuldenshaftung gemäß §§ 823 ff. BGB stets unbeschränkt ist, während die versicherungsmäßige Deckung deliktischer Schadensersatzansprüche in aller Regel nur begrenzt, d. h. innerhalb vertraglich festgelegter Höchstgrenzen gewährt wird. Eine unbegrenzte Haftung schließt eine begrenzte Deckung also keineswegs aus; der Versicherungsnehmer haftet dann auf die nicht gedeckten Schadensspitzen persönlich, ohne die Kosten auf eine Versicherung abwälzen zu können.

Als nicht tragfähig für die Begründung der Forderung nach Haftungshöchstgrenzen erweist sich auch das in der Rechtsprechung des III. Zivilsenats anklingende und an die *Ultramares*-Entscheidung⁶² erinnernde Argument, der exorbitante Umfang möglicher Schäden einer unbeschränkten Vielzahl von Anlegern und sonstigen Dritten schließe eine Haftung aus, weil sie den Wirtschaftsprüfer mit unkalkulierbar hohen wirtschaftlichen Risiken belaste.⁶³ Soweit der Wirtschaftsprüfer durch eigenes Versagen einen Schaden exorbitanten Umfangs verursacht, ist dies das Problem – und nicht eine Haftungsregel, mit der die von den Opfern erlittenen Nachteile dem Schädiger angelastet werden. Treten beispielsweise durch einen Bilanzskandal Verluste in Milliardenhöhe ein, wie es beispielsweise im Fall Enron geschehen ist,⁶⁴ dann ist dies das Ereignis, das es zu vermeiden galt, und zwar auch mit Hilfe einer entsprechenden Haftungsregel und die durch sie generierten Anreize. Der volkswirtschaftliche Verlust ist mit dem Schadensereignis bereits eingetreten und wird nicht größer, wenn er mit Hilfe einer Haftungsregel derjenigen Person zugerechnet wird, die den Verlust hätte vermeiden können und müssen.

Der entscheidende Grund, der eine Haftungsbegrenzung zugunsten der Wirtschaftsprüfungsunternehmen zu legitimieren vermag, liegt vielmehr in dem Umstand verborgen, dass es sich bei den Nachteilen, die Drittbetroffene erleiden, um reine Vermögensschäden handelt. Bei diesen liegt es häufig so, dass der private Schaden des Einzelnen nicht mit dem sozialen Schaden kongruent ist, sondern im Umfang dahinter zurückbleibt.⁶⁵ Genau dies ist der Fall, wenn

⁶² Oben, Fn. 46.

⁶³ Oben, Fn. 35.

⁶⁴ *Baird*, (Fn. 43), in: Rapoport/Dharan (Hrsg.), Enron, S. 393 ff.

⁶⁵ Grundlegend *Bishop*, *Economic Loss in Tort*, 2 Oxford Journal of Legal Studies (1982), 1 ff. (4 ff.); vgl. weiter *Shavell*, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987, S. 135 ff.; *Landes/*

Kapitalanleger auf eine falsche Bilanz vertrauen und in der Folge Verluste erleiden.⁶⁶ Hat beispielsweise ein Anleger im Vertrauen auf eine von einem Wirtschaftsprüfer testierte Bilanz mit glänzenden Zahlen die Aktie des geprüften Unternehmens zu einem hohen Preis erworben und stürzt die Aktie ab, nachdem die wahre Unternehmensverfassung ans Licht kommt, erleidet dieser Anleger einen erheblichen Verlust. Der volkswirtschaftliche Schaden mag gleichwohl gleich null sein, denn infolge der Transaktion ist ein anderer Anleger – derjenige, der unserem Geschädigten die Aktie um einen hohen Preis verkauft hat – vor einem Schaden bewahrt worden. Dem Schaden des einen entspricht also ein Vorteil des anderen, und im Saldo gleichen sich Vor- und Nachteile aus. Sofern dem so ist, verdient es der von dem enttäuschten Anleger erlittene Schaden nicht, ausgeglichen zu werden, denn Schadensausgleich kostet Geld, das für eine bloße Umverteilung von Nachteilen zwischen zwei gleichmäßig ahnungslosen und unschuldigen Anlegern nicht ausgegeben werden sollte. Der Verzicht auf Schadensausgleich liegt sogar im wohlverstandenen Interesse des einzelnen Anlegers, der über ein diversifiziertes Portfolio verfügt, denn ein solcher Anleger wird einmal zu derjenigen Gruppe zählen, die infolge des falschen Testats „zu teuer“ kauft und insoweit einen Schaden erleidet, beim nächsten Mal jedoch zu der Gruppe gehören, die infolge der Pflichtverletzung des Wirtschaftsprüfers einen Gewinn einstreicht. Über die Zeit gleichen sich Gewinne und Verluste von selbst aus; ein Bedürfnis, dies für jede einzelne Transaktion mit rechtlichen Mitteln zu erzwingen, besteht nicht.

Diese Überlegungen sind aus der Diskussion zum Insiderrecht wohl vertraut. Die für Anlegerschäden typische Divergenz zwischen privatem und sozialem Schaden gebietet und rechtfertigt die Begrenzung der Haftung von Wirtschaftsprüfern, aber nicht deren völligen Ausschluss, wie das geltende Recht es vorseht. Wie gezeigt, führt der völlige Ausschluss der Dritthaftung zu einem asymmetrisch verzerrten Anreizregime, bei dem der Wirtschaftsprüfer sich um Belange der Anleger und anderer Drittbetroffener im Grunde nicht zu scheren braucht. Die Ausbalancierung dieses Haftungsregimes durch Einführung einer Dritthaftung ist also nicht deshalb erforderlich, weil der von dem einzelnen Anleger oder sonstigen Dritten erlittene Schaden aus sozialen Gründen oder mit Rücksicht auf Gerechtigkeits- oder Billigkeitserwägungen nach Ausgleich ruft, sondern deshalb, weil die Sorgfaltsanreize des Wirtschaftsprüfers sonst in der beschriebenen Weise verzerrt sind, sodass es eigentlich gar nicht erstaunen

Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, 1987, S. 251 ff.; *Gilead*, *Tort Law and Internalization: The Gap Between Private Loss and Social Cost*, 17 *International Review of Law & Economics* (1997), 589 ff.; *Wagner*, *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, in: *Zimmermann* (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, 2003, S. 189 ff. (237 f.).

⁶⁶ *Goldberg*, *Accountable Accountants: Is Third-Party Liability Necessary?*, 17 *Journal of Legal Studies* (1988), 295 ff.; *Schäfer/Bigus*, 77 *Zeitschrift für Betriebswirtschaft* (2007), 19 ff. (35 f.); *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, 2012, S. 330 ff.

kann, wenn die Testate zu optimistisch ausfallen. Auf den Punkt gebracht, bedarf es einer Dritthaftung also aus Präventionsgründen, und nur wegen diesen, nicht aber zum Ausgleich der erlittenen Schäden.⁶⁷

Obwohl die infolge falscher Wirtschaftsprüfertestate von einzelnen Anlegern erlittenen Schäden nicht den eingetretenen volkswirtschaftlichen Schaden repräsentieren, sondern über diesen hinausgehen, tritt ein volkswirtschaftlicher Schaden durchaus ein. Soweit das Wirtschaftsprüfertestat im Vorfeld der erstmaligen Vermarktung von Kapitalanlagen erteilt wird, kann es sein, dass Investitionen fehlgeleitet werden, wenn nämlich mit dem investierten Geld Projekte finanziert werden, die einen negativen Erwartungswert haben und im Ergebnis zur Vernichtung volkswirtschaftlicher Ressourcen führen. Dies ist beim erstmaligen Verkauf von Kapitalanlagen allerdings nicht notwendig so, denn häufig entspricht dem Verlust der Investoren ein entsprechender Gewinn der Initiatoren, so dass auch bei Primärmarkttransaktionen lediglich Umverteilungsschäden eintreten können. Der eigentliche volkswirtschaftliche Schaden, der infolge falscher Wirtschaftsprüfertestate verursacht wird, besteht vielmehr darin, dass die Kapitalanleger erkennen, dass sie sich auf die Testate nicht verlassen können und deshalb kostspielige Selbstschutzmaßnahmen ergreifen. Dies gilt für Primär- und Sekundärmarkttransaktionen gleichermaßen. Kapitalanleger, die den Testaten von Wirtschaftsprüfern misstrauen, werden sich beispielsweise darum bemühen, auf eigene Faust Informationen zu sammeln und zu analysieren, um die Bonität des Emittenten zu ermitteln. Eine andere Möglichkeit des Selbstschutzes besteht darin, die Investition selbst in maßvoll riskante Titel zu unterlassen und ausschließlich auf Großunternehmen zu setzen, deren wirtschaftliche Stärke außer Zweifel steht. Der durch Fehlverhalten von Wirtschaftsprüfern verursachte soziale Schaden besteht daher in eben jenen Kostenpositionen, zu deren Vermeidung Wirtschaftsprüfung überhaupt existiert: Durch die Tätigkeit der Wirtschaftsprüfer soll die Informationsasymmetrie zwischen Emittenten und Kapitalanlegern auf kostengünstige und eine vertrauliche Daten schützende Weise abgebaut oder gemildert werden. Soweit diese Aufgabe nicht mit der gebotenen Sorgfalt wahrgenommen wird, werden die Anleger verunsichert, sodass sie auf Selbstschutzmaßnahmen ausweichen oder sich am Kapitalmarkt zurückhalten, sodass die Nachfrage nach Wertpapieren sinkt. Zur Vermeidung dieser Schäden bedarf es einer Haftungsregel, die wirksame Präventionsanreize setzt.

Besteht der Zweck der Dritthaftung somit ausschließlich in der Prävention, also in der Steuerung des Verhaltens des Wirtschaftsprüfers, ist der Haftungsumfang so einzustellen, dass das gewünschte Maß an Sorgfaltsanreizen im Interesse der Anleger herauskommt. Aus den eben genannten Gründen hat ein gut

⁶⁷ Eingehend zu den konkurrierenden Zwecken des Schadensersatzrechts *Wagner*, Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen, in: Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum* 2006, 2006, S. 12 ff.

diversifizierter Anleger kein Interesse an vollem Schadensausgleich, wohl aber daran, dass die Bilanzen, an denen er seine Anlageentscheidungen ausrichtet, von den zuständigen Wirtschaftsprüfern sorgfältig und ernsthaft geprüft werden. Wie viel diese Informationsinteressen der Anleger im Aggregat „wert“ sind und wie hoch der Nutzen einer Stärkung des Anlegervertrauens in die Verlässlichkeit des Marktes allgemein zu veranschlagen ist, lässt sich nicht exakt beantworten. Sicher ist nur, dass diese Interessen nicht mit null bewertet werden dürfen und deshalb eine maßvoll begrenzte Haftung der Wirtschaftsprüfer erforderlich ist.⁶⁸

Die Bestimmung der Haftungshöchstgrenze für die Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer ist demnach von dem Gesetzgeber festzusetzen. Eine Orientierung an den Beträgen des § 323 Abs. 2 HGB, die für die Haftung gegenüber dem geprüften Unternehmen gelten, darf dabei aber nicht herauskommen. Im Verhältnis zu dem Umfang möglicher Anlegerschäden nehmen sich diese geradezu lächerlich gering aus. Wichtiger ist, dass sie zu niedrig bemessen sind, um die Sorgfaltsanreize der Wirtschaftsprüfer spürbar beeinflussen und im Sinne der Drittbetroffenen ausbalancieren zu können. Daran ändert es auch nichts, dass die Haftung gegenüber dem geprüften Unternehmen ebenfalls auf diese niedrigen Summen beschränkt ist, denn die strikte Prüfung einer Bilanz kostet die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Geld, während die zu laxen Prüfung Ressourcen spart, die Fortsetzung des Prüfungsauftrags verspricht und auch noch auf lukrative Beratungsmandate hoffen lässt. Aus diesen Gründen muss die Haftungshöchstgrenze für Drittschäden deutlich höher liegen als die in § 323 Abs. 2 HGB genannten Summen. Eine Orientierung an § 10 Abs. 1 ProdHaftG erscheint durchaus angemessen.

VI. Schluss und Ausblick auf das Vorbild Österreich

Die Kombination aus einem Haftungsgrund, der die Haftung des Wirtschaftsprüfers auch gegenüber Kapitalanlegern und sonstigen Dritten bereits bei einfacher Fahrlässigkeit bejaht, sowie einem summenmäßig beschränkten Haftungsumfang mag auf den ersten Blick systemfremd wirken, denn Haftungsobergrenzen sind bei der Verschuldenshaftung sonst nicht üblich. Indessen weicht bereits § 323 HGB von dem Prinzip der unbeschränkten Verschuldenshaftung ab, und es finden sich weitere Ausnahmen an anderer Stelle, wie etwa für die Haftung des Frachtführers gemäß § 431 HGB. Der hier unterbreitete Vorschlag zur Ausbalancierung des Haftungsregimes für Wirtschaftsprüfer läuft darauf

⁶⁸ Ähnlich auch *Coffee*, Gatekeepers (Fn. 6), S. 334; *ders.* (Fn. 61), 84 Boston University Law Review (2004), 301 ff. (349 ff.); *Partnoy* (Fn. 61), 79 Washington University Law Quarterly (2001), 491 (540 ff.).

hinaus, den haftungsrechtlichen Ansatz des § 323 HGB auf Drittgeschädigte zu erstrecken. Ein Systembruch liegt darin sicher nicht.

Diese Einschätzung wird durch die Rechtsprechung des österreichischen OGH zu § 275 Unternehmensgesetzbuch (öUGB = § 275 öHGB aF) bestätigt, der weitgehend dem § 323 HGB entspricht.⁶⁹ Der OGH hat den Haftungstatbestand des § 275 Abs. 1 S. 3 HGB aF/UGB nF zwar nicht im Wege der Analogie für Drittbetroffene geöffnet, die Schadensersatzberechtigung von Gläubigern und Anlegern indessen auf das Institut des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte gestützt.⁷⁰ Anders als der BGH verlangt der OGH dafür nicht, dass die Prüfung durch den Wirtschaftsprüfer im Interesse bestimmter Dritter erfolgt ist.⁷¹ Im Gegenzug bejaht der OGH die analoge Anwendung der Haftungshöchstgrenzen des § 275 Abs. 2 UGB auch auf Ansprüche Drittgeschädigter. Ob letztere einzeln oder im Aggregat mit dem Ersatzanspruch der Gesellschaft aus § 275 Abs. 1 S. 3 UGB um die zur Verfügung stehende Haftungssumme konkurrieren, ist unklar.⁷²

Tatsächlich dürfte es kaum einmal zur Konkurrenz zwischen Ansprüchen der Gesellschaft und Ansprüchen Drittbetroffener kommen, denn eine zu laxen Prüfung wird in der Regel nur Dritten schaden, eine zu strenge Prüfung hingegen nur der Gesellschaft. Auf Basis der hier zugrunde gelegten funktionalen Perspektive scheidet es aus, die Ansprüche der Drittgeschädigten auf die in § 323 Abs. 2 HGB genannten Höchstbeträge zu beschränken, die noch viel niedriger liegen als die bereits kärglichen Haftungshöchstbeträge nach österreichischem Recht. Vielmehr ist für die Ansprüche Drittbetroffener ein gut ausgestatteter Haftungsfonds zur Verfügung zu stellen, dessen Umfang so zu bemessen ist, dass der Wirtschaftsprüfer mit den erwünschten Sorgfaltsanreizen konfrontiert wird, er aber auch nicht zu übermäßiger Vorsicht angehalten wird. Da das Maß der Sorgfalt vom Umfang der drohenden Schäden abhängt und dieser mit der Bilanzsumme korrespondiert, bietet es sich an, die Haftungshöchstgrenze in einem Vielfachen des Prüfhonorars auszudrücken.

⁶⁹ Zum Ursprung des heutigen § 275 öUGB in einer deutschen Notverordnung aus dem Jahr 1930 *Doralt/Koziol*, in: Kozial/Doralt (Hrsg.), Abschlussprüfer (Fn. 27), S. 104; *Kalss*, Die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Gläubigern, Gesellschaftern und Anlegern, Österreichisches Bankarchiv 2002, 187 ff. (191).

⁷⁰ Grundlegend OGH 5 Ob 260/01t, Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2002, 88 ff.; genauso OGH 5 Ob 123/06h, *ecolex* 2007, 525.

⁷¹ Vgl. oben, Fn. 36, und dagegen OGH 7 Ob 269/07w, Österreichisches Bankarchiv 2008, 584.

⁷² Dazu eingehend *Doralt*, Die Haftungshöchstgrenze bei der Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten, Österreichisches Recht der Wirtschaft 2006, 687 ff., eine Klärung durch den OGH steht noch aus.